

114  
2ES



# UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

Escuela Nacional de Estudios Profesionales  
ARAGON

## "ESTUDIO COMPARATIVO DE LA SUCESION TESTAMENTARIA EN EL CODIGO CIVIL MEXICANO Y EN EL ESPAÑOL"

### T E S I S

Que para obtener el Título de:  
**LICENCIADO EN DERECHO**  
PRESENTA LA ALUMNA  
MARIA ARABELLA ELIZABETH GARCIA CLARCK

SAN JUAN DE ARAGON, EDO. DE MEXICO  
1993.

TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN



Universidad Nacional  
Autónoma de México



## **UNAM – Dirección General de Bibliotecas Tesis Digitales Restricciones de uso**

### **DERECHOS RESERVADOS © PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL**

Todo el material contenido en esta tesis está protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

# I N D I C E

PAG.

## INTRODUCCION

### CAPITULO PRIMERO

#### GENERALIDADES

1.1.	CONCEPTO DE HERENCIA	1
1.2.	CONCEPTO DE SUCESION	6
1.3.	CLASES DE SUCESION	10
1.3.1.	SUCESION LEGITIMA	15
1.3.1.1.	SUJETO	26
1.3.1.2.	OBJETO	34
1.3.1.3.	RELACION	35
1.3.2.	SUCESION TESTAMENTARIA	38
1.3.2.1.	SUJETO	45
1.3.2.2.	OBJETO	47
1.3.3.	SUCESION MIXTA	48
1.4.	LIBRE TESTAMENTIFICACION	49
1.5.	SUCESION TESTAMENTARIA Y/O RESTRINGIDA	56

### CAPITULO SEGUNDO

#### SUCESION TESTAMENTARIA EN EL CODIGO CIVIL MEXICANO

2.1.	CONCEPTO DE TESTAMENTO	58
2.2.	CLASES DE TESTAMENTOS	
2.2.1.	TESTAMENTO PUBLICO ABIERTO	59
2.2.2.	TESTAMENTO PUBLICO CERRADO	62
2.2.3.	TESTAMENTO OLOGRAFO	67
2.2.4.	TESTAMENTO PRIVADO	72
2.2.5.	TESTAMENTO MILITAR	75
2.2.6.	TESTAMENTO MARITIMO	76
2.2.7.	TESTAMENTO HECHO EN PAIS EXTRANJERO	79
2.3.	VALIDEZ Y NULIDAD DE LOS TESTAMENTOS	81
2.4.	INSTITUCION DEL HEREDERO	88
2.5.	LEGADOS	96
2.6.	SUSTITUCIONES	109
2.7.	SISTEMA TESTAMENTARIO EN MEXICO	111

## **CAPITULO TERCERO**

### **SUCESION TESTAMENTARIA EN EL CODIGO CIVIL ESPAÑOL**

3.1	CONCEPTO DE TESTAMENTO	117
3.2.	CLASES DE TESTAMENTOS	118
	COMUN	
3.2.1.	TESTAMENTO PUBLICO ABIERTO	120
3.2.2.	TESTAMENTO PUBLICO CERRADO	124
3.2.3.	TESTAMENTO OLOGRAFO ESPECIAL	129
3.2.4.	TESTAMENTO MILITAR	132
3.2.5.	TESTAMENTO MARITIMO	135
3.2.6.	TESTAMENTO HECHO EN PAIS EXTRANJERO	140
3.3.	VALIDEZ Y NULIDAD DE LOS TESTAMENTOS	142
3.4.	INSTITUCION DE HEREDERO	145
3.5.	LEGADOS	150
3.6.	SUSTITUCIONES	158
3.7.	SISTEMA TESTAMENTARIO EN ESPAÑA	159

## **CAPITULO CUARTO**

### **ESTUDIO COMPARATIVO DE LA SUCESION TESTAMENTARIA EN EL CODIGO CIVIL MEXICANO Y EN EL ESPAÑOL**

INTRODUCCION	165
CONCLUSIONES	183
BIBLIOGRAFIA	187

## I N T R O D U C C I O N

Una de las principales inquietudes que se presenta cuando estudiantes, es el hecho de conocer con mayor profundidad las Instituciones Jurídicas tanto nacionales como extranjeras, tal es el caso del código civil español al que a su vez y en cierta medida ha servido de modelo a nuestro Código Civil vigente.

Del ordenamiento jurídico primeramente señalado hemos tomado la Institución de la sucesión testamentaria a efecto de practicar un análisis comparativo con las disposiciones del Código Civil para el Distrito Federal.

El propósito que nos anima a realizar esta labor estriba en el hecho de que aun cuando existen similitudes entre ambos ordenamientos jurídicos, difieren en puntos diametralmente opuestos.

Para la realización de esta investigación jurídico-documental integraremos nuestro trabajo en cuatro capítulos:

El primero trata de los conceptos jurídicos fundamentales que se vinculan con la institución en estudio.

El segundo apartado contiene el estudio de la institución de la sucesión testamentaria a la luz del Código Civil mexicano.

El tercero comprende el análisis de la sucesión testamentaria en términos del Código Civil español.

El último capítulo comprende los puntos de vinculación y de diferencia de la institución en estudio entre ambos ordenamientos civiles.

## " C A P I T U L O      U N O "

### GENERALIDADES

#### 1.1 CONCEPTO DE HERENCIA

Para dar inicio al estudio del presente trabajo de tesis, es necesario tener presentes sus antecedentes históricos ya que la historia y el derecho tienen íntimas relaciones siendo la costumbre una de las fuentes del derecho.

Por lo anterior habremos de referirnos como antecedentes para la materia a los datos que puedan influir en el presente tema.

Para conceptualizar la herencia es importante dejar claro lo que entendemos por la misma. Consideramos que es la institución jurídica por la cual el autor de la sucesión transmite sus bienes, derechos y obligaciones a su muerte.

En el Derecho Romano, Justiniano consideraba la palabra sucesión como sinónimo de herencia, ya que dicha palabra se empleaba para referirse a la situación en que quedaba el conjunto de bienes después de su muerte.

"El fenómeno de transmisión hereditaria se encuentra ligada a creencias de carácter religioso, de tal manera que su reglamentación se encuentra sustentada primordialmente en estos datos. Así, en el Derecho Romano el heredero tenía como función primordial continuar el culto de los dioses domésticos y sólo como una consecuencia se le atribuía la transmisión del patrimonio como fenómeno económico y jurídico; el heredero continuaba la soberanía doméstica y como consecuencia de esto recibía el patrimonio del difunto".<sup>1</sup>

Este antecedente del derecho hereditario ha ido evolucionando con las sociedades, ya que en nuestra época no se toma en cuenta la religión que fue importante en Roma. Sin

---

<sup>1</sup> Aguilar Carbajal, Leopoldo. Segundo Curso de Derecho Civil. Edit. Porrúa. Tercera ed., México. 1975. Pág. 272



embargo, en nuestro derecho vigente lo más significativo son los factores económicos y jurídicos los que justifican la sucesión; también influyeron fenómenos relativos a las instituciones familiares ya que se transmitía mediante la sucesión el culto a los dioses; también se heredaba la patria potestad. En cambio en nuestra época la patria potestad y la tutela nunca se transmiten por la herencia.

Como podemos apreciar la palabra sucesión en Roma, tiene un sentido amplio, que equivale a transmisión de derechos; a través de esta institución una persona obtendrá los derechos de otra.

Una vez referidos en forma panorámica los aspectos históricos del presente trabajo, estamos en aptitud de pasar al análisis de la definición de herencia.

Nuestra Ley Civil define en su artículo 1281: "Herencia es la sucesión en todos los bienes del difunto y en todos sus derechos y obligaciones que no se extinguen por la muerte".

Podemos decir que la definición que da nuestra ley es desde un punto de vista objetivo, puesto que se refiere a los bienes, derechos y obligaciones; asimismo, hace referencia al fenómeno de la sucesión en la titularidad del patrimonio. De lo anterior,

podemos deducir que todos los derechos y obligaciones del autor de la herencia se transmiten a los herederos.

El jurista Puig Peña, define la herencia como: "Aquella rama jurídica que disciplina el sentido, alcance y efectividad de las relaciones surgidas como motivo de la muerte de una persona. Entendida así, la expresión hace referencia a lo que en la literatura civilística se denomina Derecho Hereditario en sentido objetivo." <sup>2</sup>

De lo anterior se desprende que la herencia es el medio jurídico que reglamenta la transmisión de bienes a la muerte de una persona a sus herederos.

Rafael De Pina conceptúa a la herencia diciendo que: "Es la sucesión en todos los bienes, derechos y obligaciones de una persona que no se extinguen por su muerte." <sup>3</sup>

Leopoldo Aguilar señala: "El Derecho Hereditario es consecuencia de la teoría del patrimonio..." <sup>4</sup>

---

<sup>2</sup> Puig Peña Federico. Tratado de Derecho Civil. Tomo IV, Vol. I, Ed. Revista de Derecho Privada. 1957. Pág. 26.

<sup>3</sup> De Pina Rafael. Diccionario de Derecho. Ed. Porrúa. Décimo Segunda ed. Pág. 290.

<sup>4</sup> Aguilar Carbajal, Leopoldo. Op. Cit. Pág. 271.

Y citando a Rojina Villegas dice: "El Derecho Hereditario es el conjunto de normas que regulan la transmisión del patrimonio del difunto a sus herederos." <sup>5</sup>

Nosotros opinamos de la anterior definición que la herencia es la consecuencia que regula la transmisión de los bienes del difunto.

De las definiciones de los autores comentados, se desprende que hacen referencia a un mismo elemento que es la transmisión de bienes, derechos y obligaciones de una persona a otra al momento de su muerte.

Por lo anterior, nos permitimos dar nuestra propia definición de herencia: "La Herencia es la Institución Jurídica por medio de la cual se lleva a cabo la transmisión de los bienes, derechos y obligaciones que opera únicamente con la muerte del autor de la misma."

Se pone de manifiesto en el concepto de herencia la especie que deriva del género que es la sucesión, es decir, la herencia: es la reglamentación que reúne los elementos para formar una institución jurídica que tiene vida en nuestro derecho positivo, pero no se puede desligar del concepto que le da origen, del cual

---

<sup>5</sup> *Ibid.* Pág. 272.

deriva y sin el que no existiría; nos referimos al concepto de sucesión. Sin embargo, debemos destacar que la sucesión no depende para su existencia jurídica de la herencia mientras que la herencia requiere para existir de una sucesión.

Por lo tanto, toda herencia es una sucesión, pero no toda sucesión es una herencia.

La herencia está perfectamente identificada consigo misma y no proceden para ella las analogías.

#### 1.2. CONCEPTO DE SUCESION

Para dar principio a la definición de sucesión, tendremos que dejar clara la diferencia entre Sucesión y Herencia, ya que como hemos mencionado, sucesión es el género y la herencia es la especie.

Sucesión significa toda transmisión de derechos y obligaciones de un patrimonio a otro. Es toda sustitución de una persona en los derechos y obligaciones de otra originaria. Es la consecuencia lógica y natural de toda enajenación en general.

Herencia es, asimismo, una transmisión de derechos y obligaciones que opera por la muerte de su titular respecto a otra persona.

La definición que estamos analizando hace esta diferenciación al poner como género próximo a la sucesión y por diferencia específica la muerte del titular de los bienes, derechos y obligaciones.

En el campo de Derecho Privado, la sucesión tiene facultad jurídica para crear, transmitir, modificar o extinguir derechos y obligaciones. En tal virtud que la sucesión puede celebrar actos jurídicos como comprar, vender, arrendar, hipotecar y celebrar contratos. Tiene, por consiguiente, la facultad jurídica de actuar para crear situaciones de derecho.

Como antecedente podemos decir que en su origen, la sucesión romana no sólo comprendía el patrimonio del muerto, sino además incluía los ideales, simpatías y las antipatías del difunto; el heredero continuaba con la personalidad entera del difunto, y no sólo con su patrimonio.

Rojina Villegas dice: "La sucesión es persona jurídica, que tiene todos los atributos de la misma, que fundamentalmente tiene la capacidad de goce y de ejercicio, que es titular de derechos y sujeto pasivo de obligaciones, que por consiguiente es, como dijo la doctrina clásica, un ente capaz de derechos y de obligaciones, o como afirma la doctrina de la ficción: un ente creado por el

derecho, al que se le da capacidad para ser titular de derechos y obligaciones". 6

De lo anterior, colegimos que la sucesión es una persona jurídica que tiene capacidad para ser titular de derechos y obligaciones.

Margadan nos enseña: "Teóricamente, sería posible un sistema jurídico en el cual con la muerte acabarían todos los derechos del difunto; y, efectivamente, esta situación la encontramos parcialmente realizada: los derechos que tenía el difunto en calidad de marido, de padre o de tutor, así como sus derechos políticos, se extinguían definitivamente sin transmitir a otra persona. También sus calidades de usufructo, de mandatario, de socio, de obrero o de titular de un contrato de hospedaje cesan, al igual que sus rentas vitalicias." 7

Sin embargo, muchos otros derechos sobreviven a sus titulares originales y se traspasan a otros, a sus sucesores.

Las normas sucesorias están relacionadas en forma íntima con el derecho de familia. Pero de ninguna manera, el derecho sucesorio debe considerarse como formando parte del derecho de

---

6 Rojina Villegas, Rafael. Derecho Civil Mexicano. Tomo IV. Edit. Porrúa, Sexta ed., México, 1985. Pág. 134 y 135.

7 Margadan, Guillermo F. Derecho Privado Romano. Ed. Esfinge, 13ª ed., México 1990, Pág. 457.

familia, pues no es un requisito indispensable que los herederos, legatarios o fideicomisarios sean parientes del difunto.

Luis F. Uribe, manifiesta: "En sentido amplio la palabra sucesión quiere decir la transmisión de algo de un persona a otra. En este sentido podemos inclusive hablar de que el comprador sucede al vendedor en la propiedad de una cosa." <sup>8</sup>

Como sabemos, en el Derecho Hereditario la palabra sucesión tiene dos conceptos más precisos.

Primero: significa la transmisión universal del patrimonio de una persona a otra.

Por lo tanto, al momento de su muerte, la transmisión es universal para los herederos y es particular para los legatarios.

Segundo: podemos mencionar que se trata de llamar con este nombre al conjunto de bienes y obligaciones que al morir una persona continúan, y es a lo que llamamos la masa hereditaria.

Concluyendo: para nosotros sucesión es persona jurídica que tiene capacidad para ser titular de derechos y obligaciones.

---

<sup>8</sup> F. Uribe, Luis. Sucesiones en el Derecho Mexicano. Edit. JUS, S.A., México 1962. Pág. 25.

### 1.3. CLASES DE SUCESION

Para introducirnos al estudio de la sucesión, ofreceremos una reseña sobre sus antecedentes históricos.

Como ya lo mencionamos, el heredero continuaba la personalidad entera del difunto, y no sólo su personalidad patrimonial, sino también incluía sus ideales, las simpatías y las antipatías de éste.

En el Derecho Romano existían tres clases de sucesión: la de menor importancia era la vía legítima; la vía testamentaria se presentaba con mayor trascendencia que la legítima, toda vez que ésta se retiraba inmediatamente cuando se presentaba un testamento; pero la más fuerte era la vía oficiosa, que corregía incluso, la repartición prevista por un testamento.

La sucesión por vía legítima era procedente cuando no había testamento, o en caso de que lo hubiera no tenía validez o el heredero testamentario no quería o no podía aceptar la herencia, sin haberse previsto un sustituto en el testamento. En tales casos, la ley establecía cómo debía repartirse el patrimonio del difunto.



Las XII Tablas señalaban que, por vía legítima, la sucesión se ofreciera a los siguientes herederos:

En primer lugar a los "*herederos sui*", los herederos en sí mismos, esto es, los que se volvían *sui iuris* por la muerte del *de cuius*, es decir la persona de cuya herencia se trataba.

La herencia se repartía por cabezas, si todos los herederos eran del primer grado; si eran de grados distintos, se repartía por estirpes, y de cada estirpe, por cabeza.

Por la muerte del *de cuius*, los "*herederos sui*" llegan a tener la titularidad manifiesta de un patrimonio, del cual ya eran titulares en forma sólo latente: eran "*herederos de sí mismos*".

Los herederos *sui* no podían repudiar la herencia, aunque estuviera sobrecargada de deudas, hasta cierto punto lógico, ya que se trataba de deudas de ellos mismos, a las que no podían sustraerse.

Posteriormente, cuando ya no se pensaba en copropiedad familiar, el pretor comienza a conceder a los herederos *sui* el derecho de repudiar expresamente la herencia.

Desde luego, la mujeres no podían "tener" herederos *sui* pero sí podían "pertener" a la categoría de los herederos *sui*.

A falta de herederos *sui*, la herencia se ofrecía a los *agnados*, es decir, a los parientes por línea masculina.

Las personas unidas al *de cuius* por vía femenina no contaban para la sucesión legítima del *ius civile*, ni siquiera los más cercanos.

Tratándose de *agnados*, no se repartía la herencia por estirpes, se ofrecía simplemente al *agnado* o a los *agnados* de grado más cercano, repartiéndola por cabezas, en caso de encontrarse varios *agnados* dentro del mismo grado. Si uno de ellos rechazaba la herencia, los demás obtenían porciones mayores y, si todos las repudiaban, no se ofrecía la herencia a los *agnados* del próximo grado, sino que se declaraba que ningún *agnado* tenía derecho a la herencia y se ofrecía ésta a la *gens* (la *gens* decae en los últimos siglos republicanos, y este privilegio sucesorio de la *gens* o de sus miembros desaparece al comienzo de la época imperial).

El sistema del Derecho Civil para la sucesión legítima no satisfizo cuando la antigua ideología religiosa comenzó a caer en desuso. La conciencia jurídica presionó para que la sucesión

legítima se inspirara en el presunto afecto que dominaba las relaciones familiares, y para que se concedieran derechos a los parientes por vía femenina, al hijo emancipado o a la madre que no se hubiera casado *cum manu* y a la viuda *sine manu*.

El pretor intervino, construyendo paralelamente al *ius civile*, instituciones jurídicas más equitativas.

En época de Justiniano el Derecho Hereditario tenía muchas deficiencias e injusticias, por lo que se requería un cambio, la reforma total, necesaria desde hacía mucho tiempo.

De lo anterior se infiere que la base del nuevo sistema es el parentesco por ambas líneas. Además, no hay diferenciación alguna por razón de sexos.

En nuestro derecho actual, la ley contempla tres formas de sucesión. Manuel López Zamora dice: "Conforme lo dispone nuestra ley, tres son las formas que puede revestir la sucesión hereditaria: una por medio del acto de voluntad del autor de la herencia, declarando de manera formal y solemne en el testamento y otra por virtud de las disposiciones legales supletorias o constitutivas de la presunta voluntad del *de cuius*; la tercera es la mixta que acontece cuando a un mismo haz hereditario concurren las dos anteriores, testamentaria y legítima, porque el autor

haya dejado de incluir en su testamento uno o varios de sus bienes o derechos; para cuyo caso nuestra propia legislación ha anticipado la solución al problema, estableciendo que puede el testador disponer de todos o de una parte de de sus bienes. La parte de que no disponga quedará regida por los preceptos de la sucesión legítima." 9

De lo anterior se colige que la sucesión se transmite por la fuerza de la ley o por la voluntad del hombre. La primera se llama legítima, porque hace pasar los bienes en el orden prescrito por la ley, y forma la regla general; la segunda, se llama testamentaria, porque hace pasar los bienes según quiere el testador y no es sino una excepción que la voluntad del hombre pone a la regla general.

Nuestro Código Civil dice: En materia de sucesiones se adoptó la doble forma establecida por el Código Civil: la testamentaria y la legítima, pero en una y otra se establecieron restricciones que la comisión creyó eran exigidas en los intereses sociales y tendencias de nuestra época. Además, se buscó la mayor simplificación y rapidez de los juicios sucesorios, para evitar que su retardo indefinido produzca el

---

9 López Zamora Manuel. La herencia. Institución del Derecho Público. 1940. Págs. 21 y 22.

estancamiento de los bienes de la herencia, apartándolos de hecho de la libre circulación de la riqueza.

Por lo que toca a la sucesión legítima, el derecho de heredar se limitó hasta el cuarto grado de la línea colateral, porque más allá de ese grado los vínculos familiares son muy débiles y es una ficción verdaderamente infundada suponer que el autor de la herencia quiso dejar sus bienes a parientes remotos que quizás ni conoció.

#### 1.3.1. SUCESSION LEGITIMA

"En la sucesión legítima, el autor de la herencia sólo interviene como término de la relación para la transmisión a título universal que se lleva a cabo a favor de los herederos."<sup>10</sup>

La ley ha organizado la sucesión legítima interpretando o supliendo la posible voluntad del *de cujus*.

En la sucesión legítima el *de cujus* es un sujeto pasivo.

Este sistema que de ninguna manera es una novedad en el derecho, ha sido adoptado como supletorio o constitutivo de la presunta voluntad del autor de la sucesión.

---

10 Rojina Villegas, Rafael. Op.cit., Pág. 14.

Como en este caso no hay disposiciones dictadas por el *de cuius*, cuya observancia éste hubiera deseado, y como sería contrario a todo principio que solamente cubriera la sucesión cuando existe testamento, la ley creó la vía de la sucesión legítima o intestamentaria para los casos en que el *de cuius* no pudo o no quiso dictar su testamento.

En estos casos la sucesión deberá sujetarse a los preceptos de la ley; normas que están orientadas en beneficio directo de las personas ligadas con el autor de la sucesión por los vínculos de la familia o del afecto; puesto que se piensa que ése hubiera sido el orden lógico que habría seguido éste.

Así pues nuestra ley se funda en la presunta voluntad del difunto para establecer la sucesión legítima. Dicho de otra forma, en ello justifica el estado la sucesión *ab intestato*; pues su fundamentación se encuentra en la preeminencia para disponer de los bienes del difunto en el sentido de su voluntad tratando de interpretar la del difunto.

Claro es que el espíritu de nuestra ley ordena la solución legítima y la supuesta voluntad del difunto, la interpreta en los sentimientos del amor y gratitud hacia sus parientes más allegados o de su cónyuge o la mujer que le brindó sus cuidados y tal vez su felicidad.

Bajo este régimen democrático en que vivimos, el Estado realiza una disposición distributiva en la sucesión hereditaria *ab intestato*.

En nuestra opinión, esta forma es la idónea dentro de las situaciones que reviste la sucesión, ya que ésta se adhiere al Derecho Natural.

La herencia legítima según el artículo 1599 del Código Civil para el Distrito Federal, se abre en los siguientes casos:

- I. Cuando no hay testamento, o el que se otorgó es nulo o perdió su validez.
- II. Cuando el testador no dispuso de todos sus bienes.
- III. Cuando no se cumplió la condición impuesta al heredero.
- IV. Cuando el heredero muere antes del testador, repudia la herencia o es incapaz de heredar, si no se ha nombrado sustituto.

Explicación al artículo anterior:

I. Un testamento es nulo cuando para su otorgamiento no se observaron íntegramente todas las solemnidades requeridas por la ley o hubo vicio en el consentimiento del testador, así como

cuando haya sido dictado en contravención a las formas prescritas por la ley.

Un testamento pierde su validez por haber sido revocado o porque las personas autorizadas para otorgar testamento no se encuentren lúcidas en el momento de formularlo, porque las disposiciones testamentarias hayan caducado, cuando la condición impuesta al heredero no se cumpla y porque el heredero muera antes que el testador, o repudie la herencia, o sea incapaz de heredar.

II. Cuando el testador no dispuso de todos los bienes. Esto es, pues que como todos sus bienes forman un solo patrimonio, y habiendo dispuesto su autor sólo de una parte, el resto quedaría sin legítimo titular y sin ingresar a ningún patrimonio.

III. Cuando no se cumple la condición impuesta al heredero: La condición en el testamento debe ser cumplida siempre y cuando no sea ilícita ni imposible al momento de ejecutarse.

IV. Cuando el heredero muere antes del testador, repudia la herencia o es incapaz de heredar, si no se ha nombrado sustituto. De conformidad con el artículo 1313 del Código Civil, tienen capacidad para heredar: "Todos los habitantes del Distrito Federal de cualquier edad que sean, tienen capacidad para heredar



y no pueden ser privados de ella de un modo absoluto; pero con relación a ciertas personas y determinados bienes, pueden perderla por algunas de las causas siguientes..."

#### 1. Falta de personalidad

El hombre tiene capacidad de goce y ejercicio, la primera es pasiva y la segunda activa.

Para dictar un testamento se necesita capacidad de ejercicio. *Contrario sensu*, para el caso de recibir una herencia, se necesita capacidad de goce.

Nuestro Código Civil en su artículo 22 determina: "La capacidad jurídica de las personas físicas se adquiere por el nacimiento y se pierde por la muerte; pero desde el momento en que un individuo es concebido, entra bajo la protección de la ley y se le tiene por nacido para los efectos declarados en el presente código."

Por falta de personalidad están impedidos para heredar los no concebidos al tiempo de la muerte del autor de la herencia o los concebidos cuando no sean viables; y sólo se considera viable al feto que desprendido enteramente del seno materno vive veinticuatro horas o es presentado vivo al registro civil.

Asimismo los premuertos carecen de personalidad jurídica. Tratándose de personas morales éstas están impedidas para heredar cuando para su constitución no se han llenado los requisitos exigidos por la ley o por haberse operado su disolución y liquidación legalmente.

## 2. Por delito

Son incapaces para adquirir por testamento o intestado los que hayan cometido, mandado o intentado cometer un acto contra la salud, la vida, la honra o bienes del autor de la sucesión, o contra los descendientes, ascendientes, cónyuge o hermanos de éste. (Art. 1316 del C.C.)

La indignidad es una exclusión de la herencia, un motivo de desheredación; es un impedimento para conservar la herencia.

Todo ello, como pena al indigno por la comisión de los actos delictivos en contra del difunto, pena impuesta en obsequio a la moralidad pública.

De tal forma que la indignidad no puede ser considerada como una incapacidad, ya que no produce sus efectos desde que se abre la sucesión, sino hasta que dicha condición es declarada judicialmente.

Además de ello la incapacidad produce los efectos de perder el derecho de recibir alimentos en caso de que le correspondieran al ofensor.

### 3. Falta de Reciprocidad Internacional

Son incapaces de heredar por testamento o intestado, según lo establece el artículo 1328 del Código Civil. "A los habitantes del Distrito y Territorio Federales, los extranjeros que, según las leyes de su país no puedan testar o dejar por intestado sus bienes a favor de los mexicanos.

Asimismo, los extranjeros y las personas morales tienen limitada su capacidad para adquirir bienes por testamento o por intestado en los términos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, artículo 27 y 130 y en las respectivas leyes reglamentarias de los artículos constitucionales al respecto.

### 4. Utilidad Pública

En caso de que el legado sea en favor de un establecimiento o institución, será válido si el gobierno lo aprueba. Sujetándose a las disposiciones relativas a la ley de beneficencia.

Como ya señalamos, en la sucesión legítima el Estado dispone de los bienes del difunto, para hacerlos pasar a los herederos bajo supuesta voluntad del testador.

Nuestro Código Civil en su artículo 1602 dice:

I. "Los descendientes, cónyuges, ascendientes, parientes colaterales dentro del cuarto grado y la concubina y el concubinario, si satisfacen en este caso los requisitos señalados por el artículo 1635..."

II. "A falta de los anteriores la beneficencia pública."

También el Código Civil determina que el parentesco de afinidad no da derecho a heredar, queda entendido que los parientes más próximos excluyen a los más lejanos, y que los que se encuentran en el mismo grado, heredarán por partes iguales.

En el caso de que no exista cónyuge supérstite acudirá a suceder simultáneamente con todos los primeros la concubina.

A falta de todos los anteriores la beneficencia pública.

La sucesión legítima respecto a los descendientes, se maneja de la siguiente forma:

a) Si a la muerte de los padres quedaren sólo hijos, la herencia se dividirá entre todos por partes iguales.

b) Para el caso de que hubiese descendientes de ulterior grado al de los hijos, cuyos padres hubiesen muerto, repudiando la herencia o sean incapaces, la herencia se dividirá para los hijos por cabezas y para los nietos por estirpe concurriendo el cónyuge superviviente con los hijos, heredará la porción de uno de ellos, y si concurren con éstos los ascendientes del autor de la sucesión, sólo tendrán derecho a alimentos los últimos.

c) La sucesión legítima respecto a los ascendientes: Si sólo hubiese padre y madre, a falta de cónyuge y descendientes sucederán los primeros por partes iguales y si sólo viviera uno sucederá al hijo en toda la herencia.

d) En la sucesión de los colaterales: Aquí el legislador creyó conveniente limitar hasta el cuarto grado de la línea colateral el derecho de heredar, porque más allá de este grado, dice, los vínculos familiares son muy débiles y es una ficción verdaderamente infundada suponer que el autor de la herencia quiso dejar sus bienes a parientes remotos que quizá ni conoció.

e) En relación a la situación del cónyuge en nuestro derecho actual, consideramos que es eficiente; el cónyuge que sobrevive, concurriendo con descendencia, tiene el derecho de un hijo, lo mismo pasa si concurre con hijos adoptivos del autor de la herencia.

Si el cónyuge que sobrevive concurre con ascendientes, la herencia se dividirá en dos partes iguales, de las cuales una se aplicará al cónyuge y la otra a los ascendientes.

Concurriendo el cónyuge con uno o más parientes colaterales en segundo grado del autor de la sucesión, tendrá derecho a dos tercios de la herencia, y el otro tercio se aplicará a los parientes referidos, o se dividirá por partes iguales entre los que existan del grado mencionado. No habiendo parientes colaterales en dicho grado, no tendrán derecho a heredar, correspondiéndole en este caso al cónyuge supérstite la totalidad de la masa hereditaria.

El cónyuge aunque tenga bienes propios recibirá las porciones que le correspondan y sucederá en todos los bienes, cuando no haya descendientes, ascendientes ni parientes colaterales del autor de la herencia.

De lo anterior se aprecia que el legislador da un lugar especial al cónyuge supérstite ya que es la persona que le dio realmente a su compañero(a) el cuidado y auxilio durante su vida. Por tal motivo consideramos que el matrimonio después de la familia, es la institución de orden público de mayor importancia en la vida de la sociedad.

f) Respecto a los concubinos, el artículo 1635 del Código Civil dice: "La concubina y el concubinario tiene derecho a heredarse recíprocamente, aplicándose las disposiciones relativas a la sucesión del cónyuge, siempre que hayan vivido juntos como si fueran cónyuges durante los cinco años que precedieron inmediatamente a su muerte o cuando hayan tenido hijos en común, siempre que ambos hayan permanecido libres de matrimonio durante el concubinato.

"Si al morir el autor de la herencia le sobreviven varias concubinas o concubinarios en las condiciones mencionadas al principio del artículo, ninguna de ellas heredará."

g) La beneficencia pública sucede a falta de todos los herederos llamados en los supuestos anteriores (artículo 1636 del Código Civil).

Cuando sea heredera la beneficencia pública y entre lo que le corresponda existan bienes raíces que no puede adquirir conforme al artículo 27 de la Constitución se venderán los bienes en pública subasta antes de hacerse la adjudicación aplicándose a la beneficencia pública el precio que se obtuviere.

En otro orden de ideas, también son capaces de heredar los que sean presentados vivos en el registro, o viven 24 horas, adquieren personalidad y son sujetos de derecho hereditario.

Además, son incapaces por razón de delito para heredar los que hayan sido condenados por haber dado, mandado o intentado dar

muerte a la persona de cuya sucesión se trate, o a los padres, hijos, cónyuges o hermanos de ella.

El cónyuge que haya sido declarado mediante juicio, adúltero, los coautores, los que hayan sido condenados por delito en contra del autor de la sucesión, y, los padres que abandonaran a sus hijos o los expusieren, los que prostituyeren o atenten contra su pudor, el artículo 1319 menciona: "La capacidad para suceder por testamento, sólo se recobra si después de conocido el agravio, el ofendido instituye heredero al ofensor o revalida su institución anterior con las mismas solemnidades que se exigen para testar."

El artículo 1313 en su fracción IV menciona que puede perderse la capacidad por falta de Reciprocidad Internacional, y en su fracción VI por renuncia o remoción de algún cargo conferido en el testamento.

#### **1.3.1.1. SUJETOS DEL DERECHO HEREDITARIO**

En este estudio determinaremos qué personas intervienen en todas las relaciones posibles que pueden presentarse en los diferentes tipos de sucesión; tales supuestos son:



- a) El autor de la herencia
- b) El heredero
- c) Los albaceas
- d) Los interventores
- e) Acreedores
- f) Deudores

a) El autor de la herencia en la sucesión legítima, es un sujeto pasivo y sólo interviene como término de relación para la transmisión a título universal que se lleva a cabo en favor del o de los herederos.

La personalidad del autor de la herencia se extingue con su muerte al transmitir su patrimonio; debemos considerar al *de cuius* como sujeto del derecho hereditario.

"También el autor de la herencia es sujeto pasivo del derecho hereditario por lo que se refiere a la obligación que tiene de dejar alimentos a su cónyuge supérstite, descendientes, ascendientes, colaterales y concubina en los casos, términos y porciones que determina la ley." <sup>11</sup>

Se considera sujeto ya que aunque su participación es pasiva sus obligaciones son cumplidas.

---

<sup>11</sup> *Ibid.*, Pág. 15.

b) Rojina Villegas dice que el heredero en la sucesión legítima es un "adquirente a título universal de los bienes, derechos y obligaciones que no se extinguen con la muerte del *de cuius*".<sup>12</sup>

El heredero puede o no aceptar la herencia, su obligación es a beneficio de inventario. Lo cual quiere decir que responde hasta donde alcance el valor de los derechos y bienes que integren el activo de la sucesión.

El heredero es el eje central de todo el sistema sucesorio, pues continúa todas las relaciones jurídicas activas y pasivas del *de cuius*, con el beneficio indicado.<sup>13</sup>

c) Los albaceas son órganos representativos de la herencia y ejecutores de las disposiciones testamentarias.

Leopoldo Aguilar dice: "El albacea es el representante del autor de la herencia, de los herederos y de ambos."

Como hemos mencionado, los herederos están obligados con los acreedores de la herencia sólo hasta el punto que les permita el activo de la herencia.

---

<sup>12</sup> *Ibid.*, pág. 15.

<sup>13</sup> *Idem.*

**Relación jurídica de los herederos con los albaceas:**

Debemos dejar claro que el albacea es el representante de los herederos.

El albacea desempeña el cargo de coordinador de los sujetos del derecho hereditario; el albacea tiene la calidad de poseedor originario.

Para nombrar albacea se requiere de la mayoría, al igual que la misma puede revocar el cargo.

**Relación jurídica de los herederos y el interventor de la herencia:**

Cuando la minoría de los herederos no está de acuerdo en el albacea tienen derecho a nombrar interventor que vigilará al albacea. Si no se logra nombrar interventor lo hará el juez, eligiendo a uno de los propuestos; el interventor no entra en posesión de los bienes de la herencia, ni siquiera posesión interina. De tal forma podemos concluir que el interventor sólo auxilia a los herederos para vigilar el cumplimiento del albaceazgo.

Relación de los herederos con los deudores de la herencia:

Rojina Villegas cita: "En realidad los herederos, como adquirentes a título universal, se convierten en acreedores de los deudores hereditarios, pero corresponde al albacea exigir el pago de las obligaciones respectivas." <sup>14</sup>

d) Los interventores realizan un papel de control respecto a ciertas funciones del albacea, y actúan para proteger intereses determinados de ciertos herederos, legatarios o acreedores de la herencia.

Existen dos clases de interventores: provisionales y definitivos.

La función del interventor provisional la determina el artículo 1720 del C.P.Español, y dice: "El interventor recibirá los bienes por inventario y tendrá el carácter de simple depositario sin poder desempeñar otras funciones administrativas que las de mera conservación y las que se refieren al pago de las deudas mortuorias con autorización judicial".

Los interventores definitivos son aquellos órganos de control de las funciones del albacea para vigilar el cumplimiento

---

<sup>14</sup> *Ibid.*, pág. 561.

de su cargo. El Código Civil Mexicano define en el artículo 1729: "Las funciones del interventor se limitarán a vigilar el exacto cumplimiento del cargo de albacea".

A este respecto Rojina dice: "Los interventores definitivos no pueden tener la posesión ni aún interina de los bienes hereditarios, deben ser mayores de edad y con capacidad general para obligarse. Duran en su función todo el tiempo que dure el albaceazgo, y por esto el artículo 1733 del Código Civil estatuye que entre tanto no se les revoque su nombramiento, desempeñarán sus funciones sin sujeción a un determinado plazo. Exclusivamente la vigencia de su encargo dependerá de la función específica de los interventores en los términos del citado artículo 1729." <sup>15</sup>

Leopoldo Aguilar dice: "El albacea es el representante del autor de la herencia, de los herederos y de ambos. Para explicar esta múltiple representación se dice que el albacea representa formalmente al "de cujus" y materialmente a los herederos." <sup>16</sup>

Rojina Villegas emite al respecto: "Los albaceas son las personas designadas por el testador o por los herederos para cumplir las disposiciones testamentarias o para representar a la sucesión y ejercitar todas las acciones correspondientes al de

---

<sup>15</sup> *Ibid.*, Pág. 201,

<sup>16</sup> *Ibid.* Pág. 402.

cujus, así como para cumplir sus obligaciones, procediendo a la administración, liquidación y división de la herencia. Es decir, los albaceas son los órganos representativos de la comunidad hereditaria para proceder a su administración, liquidación y división y, en su caso, los ejecutores de las disposiciones testamentarias". 17

Nosotros concluimos que los albaceas son órganos que representan la masa hereditaria y que ejecutan las disposiciones para la administración y liquidación de la herencia.

e) Los acreedores, Rojina Villegas dice: "Los acreedores en el Derecho Hereditario intervienen como sujetos activos y todas las normas de esta rama tienen por objeto garantizar el pago de las deudas hereditarias dentro de las posibilidades patrimoniales de la sucesión. Todo el Derecho Hereditario persigue como finalidad fundamental la de la liquidación del patrimonio de la sucesión para pagar a los acreedores de la misma y en el supuesto de que hubiese un remanente, aplicarlo a legatarios y a herederos. Por este motivo el heredero no puede adquirir sin que previamente pague las deudas de la herencia hasta el límite que lo permita el activo. Por la misma razón, el legatario tiene una responsabilidad subsidiaria con los herederos y para evitar el perjuicio a los

17 Ibid., Pág. 175.

acreedores se dispone que si toda la herencia se distribuyere en legados, los legatarios serán considerados como herederos por lo que atañe a su responsabilidad patrimonial y también, en cuanto al beneficio de inventario que protege a los herederos, para no resultar afectados en la parte insoluta de las deudas si hubiese déficit patrimonial en la herencia." 18

Nosotros pensamos al respecto que los acreedores tienen por objeto garantizar el pago de las deudas hereditarias dentro de las aptitudes patrimoniales de la sucesión.

f) Los deudores, Rojina dice: "Los deudores de la herencia desempeñan un papel de sujetos pasivos, sin que puedan valerse, para disminuir su responsabilidad patrimonial, de la circunstancia relativa a la muerte del autor de la sucesión. A dichos sujetos no les puede beneficiar ese acontecimiento, pues se mantiene idéntica su obligación y su responsabilidad. Sólo en aquellos deberes jurídicos que no tengan contenido patrimonial, la muerte del pretensor vendrá a extinguir la relación jurídica de que se trate, tal como ocurre en las obligaciones adquiridas por una persona en razón de la patria potestad, la de tutela, del parentesco o del patrimonio. Todo el conjunto de deberes no patrimoniales que se derivan de esas fuentes se extinguirá cuando

---

18 *Ibid.*, pág. 17.

muera el sujeto activo o pretensor de esas relaciones jurídicas".<sup>19</sup>

#### 1.3.1.2. OBJETOS DEL DERECHO HEREDITARIO

Por objeto comprendemos aquellas formas de conducta jurídica que manifiesten (expongan) en obligaciones, sanciones, derechos y actos jurídicos regulados por las normas propias del derecho hereditario.

a) Obligaciones.- De las obligaciones que se originen por virtud de la muerte del autor de la herencia.

b) Sanciones.- De la naturaleza jurídica de las sanciones que reglamenta dicha rama, en la que se refiere a determinar su contenido como formas de la conducta jurídica.

c) Derechos.- Los derechos hereditarios especiales que nazcan con motivo de la muerte de un individuo, en favor de sus herederos o legatarios.

d) Actos jurídicos, de los actos jurídicos que regula en cuanto a su contenido el Derecho Hereditario.

---

<sup>19</sup> Idem.



En tal virtud éstas son formas de conducta jurídicamente regulada por el Derecho Hereditario.

Por objetos del Derecho Hereditario entendemos las cosas o bienes que constituyen la materia propia de la transmisión a título universal o a título particular.

#### 1.3.1.3. RELACION

En la sucesión legítima existen diferentes sujetos de derecho que se relacionan entre sí como son:

1. Herederos
2. Albaceas
3. Acreedores
4. Deudores
5. Interventores.

Relaciones jurídicas que tienen como centro de referencia a los herederos.

Los herederos al igual que los copropietarios, no pueden ejecutar actos de dominio sobre la universalidad de los bienes sin el consentimiento de todos los copartícipes, pueden únicamente disponer sobre su respectiva parte alícuota, respetando el derecho del tanto.

Los herederos tienen los mismos derechos y obligaciones que la ley creó entre los copropietarios.

El Código Civil en su artículo 1288 señala: "A la muerte del autor de la sucesión, los herederos adquieren derecho a la masa hereditaria como a un patrimonio común, mientras que no se hace la división."

Rojina comenta: "El heredero de parte de los bienes que quiera vender a un extraño su derecho hereditario, debe notificar a sus coherederos por medio de notario, judicialmente o por medio de dos testigos, las bases o condiciones en que se ha concertado la venta, a fin de que aquéllos, dentro del término de ocho días, hagan uso del derecho del tanto; si los herederos hacen uso de este derecho, el vendedor está obligado a consumir la venta a su favor, conforme a las bases concertadas." 20

Relación jurídica de los herederos con los acreedores de la herencia:

Como hemos mencionado con anterioridad, los herederos están obligados con los acreedores de la herencia sólo hasta el punto que les permita el activo de la herencia.

---

20 *Ibid.*, pág. 554

#### Relación jurídica de los herederos con los albaceas:

Debemos dejar claro que el albacea es el representante de los herederos.

El albacea desempeña el cargo de coordinador de los sujetos del derecho hereditario; el albacea tiene la calidad de poseedor originario.

Para nombrar albacea se requiere de la unanimidad, al igual que la misma mayoría puede revocar el cargo.

#### Relación jurídica de los herederos y el interventor de la herencia:

Cuando la minoría de los herederos no está de acuerdo con el albacea, tiene derecho a nombrar un interventor que vigilará al albacea. Si no se logra nombrar un interventor lo hará el juez, eligiendo a uno de los propuestos; el interventor no entra en posesión de los bienes de la herencia, ni siquiera posesión interina. De tal forma podemos concluir que el interventor sólo auxilia a los herederos para vigilar el cumplimiento del albaceazgo.

#### Relación de los herederos con los deudores de la herencia:

Los herederos, como adquirentes a título universal, se

convierten en acreedores de los deudores hereditarios, pero corresponde al albacea exigir el pago de las obligaciones respectivas.

### 1.3.2. TESTAMENTARIA

Para iniciar con el tema de la Sucesión Testamentaria, diremos que ésta se traduce en la voluntad auténtica del testador, en ella no cabe la presunta voluntad, la que es dictada por el mismo, plasmándola en un testamento.

Y por Testamento nuestro Código Civil en su artículo 1295 lo señala: "Testamento es un acto personalísimo, revocable y libre, por el cual una persona capaz dispone de sus bienes y derechos, y declara o cumple deberes para después de su muerte."

Creemos necesario antes de continuar con el tema hacer un análisis de la conceptualización de testamento anteriormente expresada:

a) EL TESTAMENTO ES UN ACTO.- El origen de la palabra testamento proviene del latín *testatio-mentis* que significa testimonio de nuestra voluntad, es la realización de un acto legítimo. Un acto es una acción impulsada por nuestra voluntad. Y

un acto legítimo es aquel que se adecua a las formalidades exigidas por la ley que lo norma.

El testamento es la expresión de la voluntad sobre lo que uno desea que se haga para después de la muerte.

Es un acto jurídico puesto que es con el fin de crear, transmitir, modificar o extinguir derechos y obligaciones, aún cuando estos efectos, al momento de producirse, ni le beneficien ni le perjudiquen.

b) PERSONALISIMO.- Es personalísimo porque únicamente él decidirá sobre el futuro de sus bienes. Por lo tanto no debe ser efectuado por persona diversa del testador.

En nuestro derecho no puede dictarse testamento por medio de un tercero, sino exclusivamente por el testador sin intervención de ninguna otra persona; el testamento no se puede dictar por dos o más personas.

Si el juzgador estima que su declaración no fue conforme a la ley, el testamento no es válido, no habrá sucesión testamentaria, ésta se convertirá en legítima.

c) REVOCABLE.- La palabra revocar significa anular, retractarse, esto es, que el testamento es un acto de voluntad

unilateral sobre los bienes propios, que no obliga a su autor a realizarlo, puede ser revocado en todo tiempo por el otorgante.

Cuando se realiza nuevamente un testamento no es necesario expresar que el anterior queda revocado puesto que se entiende que el posterior será el válido. El testador puede expresar según su voluntad que subsista parte del otro testamento.

d) LIBRE.- Se dice que es libre ya que para la validez de cualquier acto jurídico se requiere la absoluta libertad de la voluntad. Que el testador se encuentre libre de cualquier coacción o violencia tanto moral como física.

Cuando esto no se presente, se dará la nulidad de testamento; esto sucede cuando el testador se encuentre bajo la influencia de amenazas contra su persona, sus bienes, o contra su cónyuge o los bienes de éste, siempre y cuando el testador no revalide dicho testamento. En consecuencia, la persona debe estar libre de toda coacción para que realmente se manifieste su fuero interno.

e) POR EL CUAL UNA PERSONA CAPAZ DISPONE DE SUS BIENES Y DERECHOS.- Reconoce nuestra ley civil únicamente dos clases de personas: las físicas y las morales; las primeras son los hombres y la segunda las asociaciones de hombres.

De las dos anteriores sólo tienen derecho a testar las personas físicas, pero a su vez éstas tienen que ser capaces o sea, las que la ley determina si tienen o no capacidad.

La capacidad de ejercicio para testar es a los 16 años a excepción de lo lógico, las personas que no están en pleno uso de sus facultades pero que de vez en cuando tienen lucidez podrán estar, con el único requisito de que tendrá que ser testamento público abierto.

Existen actos en que el incapacitado puede realizarlos por medio de un representante legítimo o tutor; el testamento no puede hacerlo de ninguna manera por medio de representante.

f) DECLARA O CUMPLE DEBERES DESPUES DE SU MUERTE.- Y esto no debe entenderse tan sólo por lo que se refiere a la consanguinidad, sino también por las relaciones de afecto, que en la mayoría de las ocasiones superan a las primeras.

La ley confiere al testador la facultad para imponer a herederos las condiciones que desee, siempre y cuando estén debidamente reglamentadas. Si las condiciones son contrarias a la moral o a las buenas costumbres, se dan por satisfechas aunque no se cumplan.

Así, en el aspecto material del testamento podemos señalar, sintetizando que es:

- Acto jurídico
- Personalísimo
- Revocable
- Libre
- Sin vicios
- Formulado por persona capaz.

En el aspecto moral impone obligaciones y confiere derechos. La capacidad para testar la tienen como menciona el artículo 1305 del Código Civil "todos aquellos a quienes la ley prohíbe expresamente el ejercicio de ese derecho".

En este caso y como ya se ha mencionado, están incapacitados para testar los menores de 16 años y los que no gocen habitual o accidentalmente de su cabal juicio.

Este testamento surte efecto hasta que el testador muere; en ese momento acudirán los herederos.

Respecto a la incapacidad y la capacidad para heredar, sobre este particular nuestro Código Civil en su artículo 1313 señala: "Todos los habitantes del Distrito Federal de cualquier edad que sean, tienen capacidad para heredar, y no pueden ser privados de



ella de un modo absoluto; pero en relación a ciertas personas y a determinados bienes, pueden perderla..." El mismo numeral señala cuáles son las causas por las que no se puede ser capaz para heredar, situación que ya fue tratada con antelación.

En cuanto a su forma los testamentos se dividen en: Ordinarios y Especiales. La clasificación de ordinarios está referida a la normalidad de los casos y que son los más comunes, ya que su otorgamiento no obedece a circunstancias especiales, sino que es la forma común para todos los individuos.

Los especiales son formas autorizadas para aquellas personas que encontrándose en circunstancias especiales desean o tienen la necesidad de otorgar su testamento y para los cuales no es posible observar las solemnidades que para los anteriores (estos testamentos sólo podrán otorgarse cuando sea imposible, o al menos muy difícil efectuar un testamento ordinario).

Son tres las formas que pueden revestir los testamentos ordinarios:

- a) PUBLICO ABIERTO
- b) PUBLICO CERRADO
- c) OLOGRAFO

Y cuatro los especiales:

- a) PRIVADO
- b) MILITAR
- c) MARITIMO
- d) HECHO EN PAIS EXTRANJERO

Las personas que no pueden ser testigos del testamento las señala el Código Civil en su artículo 1502 y dice:

"No pueden ser testigos del testamento:

- I. Los amanuenses del notario que lo autorice;
- II. Los menores de dieciséis años;
- III. Los que no estén en su sano juicio;
- IV. Los ciegos, sordos o mudos;
- V. Los que no entiendan el idioma que habla el testador;
- VI. Los herederos o legatarios; sus descendientes, ascendientes, cónyuge o hermanos. El concurso como testigo de una de las personas a que se refiere esta fracción, sólo produce como efecto la nulidad de la disposición que beneficie a ella o a sus mencionados parientes;
- VII. Los que hayan sido condenados por delito de falsedad."

Del artículo anterior nosotros deducimos que están imposibilitados porque podría darse el caso de amenazas en el caso de menores de algún tipo de presión moral, y en los demás casos de error en la interpretación.

### 1.3.2.1. SUJETOS

En la sucesión testamentaria cualquier persona puede ser heredero con la única condición que tiene el testador de dar alimentos a las personas siguientes:

I. A los descendientes varones menores de veintiún años;

II. A los descendientes varones que estén imposibilitados de trabajar, y a las hijas que no hayan contraído matrimonio y vivan honestamente, unos y otras aun cuando fueren mayores de veintiún años;

III. Al cónyuge supérstite, siempre que siendo varón esté imposibilitado de trabajar, o que siendo mujer permanezca viuda y viva honestamente;

IV. A los ascendientes;

V. A la mujer con quien el testador vivió como si fuera su marido, durante los cinco años que precedieron inmediatamente a su muerte con la que tuvo hijos, siempre que ambos hayan permanecido libres de matrimonio durante el concubinato. La concubina sólo tendrá derecho a alimentos mientras que observe buena conducta y no se case. Si fueren varias las concubinas, ninguna de ellas tendrá derecho a alimento;

VI. A los hermanos y demás parientes colaterales dentro del cuarto grado, si están incapacitados o mientras que no cumplan dieciocho años, si no tienen bienes para subvenir a sus necesidades. (Art. 1368); de lo contrario el testamento se dará por inoficioso.

Los sujetos son los siguientes:

a) EL AUTOR DE LA HERENCIA.- El autor de la herencia en la sucesión testamentaria es un sujeto activo, que dicta válidamente su testamento.

Rojina Villegas dice: "El autor de la herencia asume la función de un legislador respecto de su patrimonio." <sup>21</sup>

La voluntad del autor de la herencia es la suprema ley en la sucesión testamentaria.

La personalidad del autor de la herencia es activa y queda sujeta a las normas del Derecho Hereditario.

De lo anterior, podemos decir que el testador siempre y cuando se adhiera a las normas del derecho hereditario es libre respecto de su patrimonio.

---

<sup>21</sup> *Ibid.*, Pág. 15

Los demás sujetos del derecho hereditario tienen la misma función que en la sucesión legítima, siendo éstos:

- a) Heredero
- b) Legatario
- c) Albaceas
- d) Interventores
- e) Acreedores
- f) Deudores

#### 1.3.2.2. OBJETOS DE LA SUCESSION TESTAMENTARIA

Existen dos tipos de objetos en la sucesión testamentaria: objeto directo y objeto indirecto.

El objeto directo es aquel que se refiere a los derechos, obligaciones y sanciones relacionadas con la herencia, y ello se manifiesta por conducta jurídicamente regulada. Al referirnos a un sistema sucesorio obvio es que no se va a crear sino a transmitir derechos y obligaciones, y esta sucesión puede ser a título universal o particular. Se modifican situaciones jurídicas del autor de la sucesión, que cambian al pasar a los herederos.

Y dentro del objeto directo existen las distintas sanciones de nulidad, inexistencia y caducidad de las disposiciones testamentarias.

El objeto indirecto es aquel sobre el cual recae o se relaciona la conducta humana en su interferencia que se manifiesta en facultades, deberes y sanciones. Estos objetos indirectos por su naturaleza pueden ser universalidades jurídicas, partes alícuotas de las mismas, bienes corporales e incorporeales, universalidades de hechos, servicios y prestaciones que constituyen la materia patrimonial y ello tanto en la legítima como en la testamentaria.

### 1.3.3. SUCESION MIXTA

En la sucesión Mixta, como lo indica el nombre, se da cuando el testador no incluyó toda la masa hereditaria en el testamento; esto es el resto de lo que englobaría la masa hereditaria, será repartido siguiendo la forma de la sucesión legítima, respetando lo que dictó el *de cuius* en el momento de testar.

El Código Civil en su artículo 1283 manifiesta: "El testador puede disponer del todo o de parte de sus bienes. La parte de que no disponga quedará regida por los preceptos de la sucesión legítima."

#### 1.4. LIBRE TESTAMENTIFICACION

A lo largo de la historia del Derecho Hereditario se han venido debatiendo dos corrientes diversas, enteramente opuestas; una, la de la libre testamentificación, la otra, de la testamentificación forzosa o restringida.

El motivo de nuestro estudio es la Libre Testamentificación, pues tal es la que actualmente rige en nuestra ley.

La libre testamentificación es la que considera a los hombres con facultad para disponer con absoluta libertad de todos sus bienes en el momento de testar. De modo contrario, la testamentificación forzosa sostiene el deber que el Estado tiene de imponer restricciones a la facultad de testar respecto de todos sus bienes, en beneficio de los miembros de la familia del testador.

Tanto el Derecho Hereditario como el Testamento aparecieron como un fruto de los derechos ya evolucionados. Retomando un poco la historia recordamos que en el derecho primitivo, en el régimen de la propiedad colectiva, no se concebía la posibilidad de que por la muerte existiera una transmisión hereditaria, por lo cual no existía un derecho que regulara la transmisión del patrimonio a sus herederos.

Puesto que en el régimen de propiedad colectiva no se reconocía propiedad especial sobre el conjunto de bienes que constituía el patrimonio familiar, en este régimen únicamente se daba el goce de los bienes en vida, por lo tanto no existía la posibilidad de testar ni tampoco la transmisión intestada.

Cuando se dio la individualización de la propiedad fue entonces cuando se reconoció un derecho perpetuo y por ende fue posible la institución de la herencia y todo el conjunto de normas que viniera a regular la transmisión de los bienes para el caso de la muerte, surgiendo el Derecho Hereditario que nace como una consecuencia de la evolución de la sociedad.

A diferencia del derecho primitivo, donde el Derecho Hereditario estaba ligado a la economía pero principalmente a la religión, el Derecho Moderno se justifica desde un punto de vista económico y jurídico (interesa continuar sus relaciones patrimoniales).

#### **LEY DE LAS XII TABLAS**

Cuando no existía testamento en la Ley de las XII Tablas, la vía procedente era la vía legítima o en caso de haberlo pero no tener validez o el heredero no pudiera o no aceptara y no se



hubiera nombrado sustituto, en este caso se abría la sucesión legítima.

En la Ley de las XII Tablas era frecuente dejar la herencia en forma indivisa a la disposición de los "*herederos sui*", que formaban así un *consortium*. El Derecho Romano permitió que esta figura indeseable desapareciera por iniciativa de cualquiera de los coherederos.

Las mujeres no podían "tener" *herederos sui*, pero sí podían "pertenecer" a la categoría de los *herederos sui*.

En el Derecho Justiniano se dio la base del nuevo sistema, el parentesco moderno por ambas líneas: no hubo más diferenciación por sexos. La vía legítima del Derecho Justiniano buscaba, como fundamento, el afecto que debe existir entre parientes.

Fue en esta época cuando se ofreció la herencia al intestado en este orden:

1. Descendientes

2. Ascendientes

a) El más cercano excluía al más lejano (La madre del difunto excluía, por tanto a los abuelos paternos).

b) Si los abuelos eran herederos y había abuelos de ambas líneas, se repartía por estirpes.

c) Cada hermano recibía una porción igual a la de cada ascendiente de primer grado.

d) Los hijos de un hermano difunto recibían una porción de su padre.

3. Medios hermanos, uterinos o consanguíneos.

4. Los restantes colaterales dentro de este orden:

- El próximo pariente tenía derecho a la herencia (sin que se de el sistema de representación).

5. El viudo o la viuda.

6. Si no existía ningún heredero la herencia iba al Fisco (si se trataba de un soldado a la legión correspondiente y, si se trataba de un sacerdote a la iglesia).

Con esto el derecho moderno tuvo que aportar pocas correcciones:

- Una posición mejor para el cónyuge supérstite.
- Que los medios hermanos permanezcan al mismo lugar que los hermanos.
- La introducción de los hijos de hermanos, el sistema de representación, en relación con los colaterales.
- La limitación a un máximo de cuatro grados.

En el Derecho Romano el testamento era considerado como un acto solemne por el cual una persona instituí a su heredero o herederos, o sea una manifestación de última voluntad y un acto esencialmente revocable.

Uno de los elementos indispensables en el Derecho Romano era la institución de uno o más herederos, si la institución de un heredero faltaba, o tenía un defecto jurídico no era eficaz, a

diferencia del Derecho Moderno que un testamento tiene validez sin que exista institución de heredero.

La diferencia en el Derecho Romano y el Moderno radica en que en el derecho antiguo el heredero era el continuador de la personalidad del difunto, con sus ideas, odios, etc., a diferencia del moderno .

En nuestro derecho sí existe testamento sin institución de heredero y por lo tanto los legados pueden entregarse, en el Derecho Romano no.

De esta forma el heredero dejó de ser el fundamento de la vía testamentaria, y su función se redujo paulatinamente a los aspectos patrimoniales.

Posteriormente a las XII Tablas se creó un derecho absoluto para disponer de los bienes en su vida y después de su muerte, pudiendo elegir a miembros de su familia o a extraños.

En el Derecho Español y sobre este particular Mancera y Navarro comentan: "Inspirada nuestra legislación, a partir de entonces, en el propósito único del respeto a la voluntad, ya expresada, ya presunta, del causante, admitió, como todos los códigos, dos clases de sucesiones; la testamentaria y la

legítima, teniendo lugar la primera de ellas cuando el testador transmitía mediante la expresión de su voluntad a los herederos instituidos los bienes de su herencia y la segunda cuando no existía testamento o éste era ineficaz y cuando el heredero instituido no podía o no quería aceptar la herencia." 22

Como se mencionó, el testador dispone libremente de sus bienes para disponer de ellos a su libre voluntad ya sea en favor de sus parientes o a extraños. Existe una única limitación a esta testamentaria y ésta se reconoce desde el Código de 1884 y es la de dejar pensión alimenticia a ciertos parientes consanguíneos (en línea recta o colateral), al cónyuge supérstite y a la concubina (el derecho de la concubina se reconoce hasta el Código Civil vigente).

Estos alimentos únicamente serán en los siguientes casos que señala el artículo 1368 del Código Civil.

El testador debe dejar alimentos a las personas que se mencionan en las fracciones siguientes:

I. A los descendientes menores de dieciocho años respecto de los cuales tenga obligación legal de proporcionar alimentos al momento de la muerte;

---

22 Comentarios al Código Civil Español. Madrid. 1921, Pág. 204 a 206.

II. a los descendientes que estén imposibilitados de trabajar cualquiera que sea su edad, cuando exista la obligación a que se refiere la fracción anterior;

III. al cónyuge supérstite cuando esté impedido de trabajar y no tenga bienes suficientes. Salvo otra disposición expresa del testador, este derecho substituirá en tanto no contraiga matrimonio y viva honestamente;

IV. a los acendientes;

V. a la persona con quien el testador vivió como si fuera su cónyuge durante los cinco años que precedieron inmediatamente a su muerte o con quien tuvo hijos, siempre que ambos hayan permanecido libres de matrimonio durante el concubinato y que el superviviente esté impedido de trabajar y no tenga bienes suficientes. Este derecho sólo subsistirá mientras la persona de que se trate no contraiga nupcias y observe buena conducta. Si fueran varias las personas con quien el testador vivió como si fueran sus cónyuges, ninguna de ellas tendrá derecho a alimentos;

VI. a los hermanos y demás parientes colaterales dentro del cuarto grado, si están incapacitados o mientras no cumplan dieciocho años, si no tienen bienes para subvenir a sus necesidades.

Así, tampoco existe obligación de dar alimentos, sino a falta o por imposibilidad de los parientes más próximos en grado.

En caso de no cumplir con los alimentos el testamento será inoficioso; para tener derecho a éstos se necesita encontrarse al tiempo de la muerte del testador en alguno de los casos del artículo 1368 del Código Civil, de no ser así el derecho cesará; al igual que si adquiere bienes u observa mala conducta.

### 1.5. SUCESSION TESTAMENTARIA Y/O RESTRINGIDA

En la legislación española existen varias reservas impuestas al testador con respecto a la masa hereditaria.

El artículo 811 dice: "El ascendiente que heredare de su descendiente bienes que éste hubiese adquirido por título lucrativo de otro ascendiente, o de un hermano, se halla obligado a reservar los que hubiere adquirido por ministerio de la ley en favor de los parientes que estén dentro del tercer grado y pertenezcan a la línea de donde los bienes proceden."

Artículo 968: "Además de la reserva impuesta en el artículo 811, el viudo o viuda que pase a segundo matrimonio estará obligado a reservar a los hijos y descendientes del primero la propiedad de todos los bienes que haya adquirido de su difunto consorte por testamento, por sucesión intestada, donación o cualquier otro título lucrativo; pero no su mitad de gananciales."

Cuando un hijo que tenga derecho a los bienes renuncia a éstos, siendo mayor de edad, renunciando expresamente, cesará la obligación de reserva, siempre y cuando los hijos estén enterados que estaban casados por segunda vez. También cesará la reserva si

al morir el padre o la madre que contrajo segundo matrimonio no existieran hijos ni descendientes del primero.

Artículo 973: "Si el padre o la madre no hubiere usado en todo o en parte de la facultad que le concede el artículo anterior, los hijos y descendientes del primer matrimonio sucederán en los bienes sujetos a reserva conforme a las reglas prescritas para la sucesión en línea descendiente, aunque a virtud de testamento hubiesen heredado desigualmente al cónyuge premuerto o hubiesen repudiado su herencia."

El hijo desheredado justamente por el padre o por la madre perderá todo derecho a la reserva, pero si tuviere hijos o descendientes, se estará a lo dispuesto en el artículo 857 y en el número 2º del artículo 164."

De lo anterior podemos desprender que en la legislación española se protege grandemente al núcleo familiar, cónyuge padre, madre, hijos, hermanos, etc., no de igual forma en la legislación mexicana; ya que la única limitante para que un testamento sea inoficioso es que se debe dejar alimentos a los hijos menores de edad o a la cónyuge cuando se encuentre incapacitada.

## " C A P I T U L O        S E G U N D O "

### SUCESION TESTAMENTARIA EN EL CODIGO CIVIL MEXICANO

#### 2.1 TESTAMENTO CONCEPTO

El artículo 1295 de nuestro Código Civil señala: "Testamento es un acto personalísimo, revocable y libre, por el cual una persona capaz dispone de sus bienes y derechos, y declara o cumple deberes para después de su muerte."

El testamento únicamente pueda ser otorgado por una persona capaz que dispone de sus bienes por medio de un acto personalísimo, cumple deberes para después de su muerte.

#### 2.2 FORMA DE TESTAMENTOS SEGUN NUESTRO CODIGO CIVIL

Los testamentos pueden ser Ordinario o Especial.

El Ordinario puede ser:

- a) Público Abierto



- b) Público Cerrado
- c) Ológrafo

El Especial puede ser:

- a) Privado
- b) Militar
- c) Marítimo
- d) Hecho en país extranjero.

#### 2.2.1. TESTAMENTO PUBLICO ABIERTO

El testamento público abierto es aquel que se otorga ante Notario y tres testigos idóneos, expresando el testador de un modo claro y terminante su voluntad al Notario y a los testigos. El Notario será quien redacte por escrito las cláusulas del testamento sujetándose única y exclusivamente a la voluntad del testador para después dar lectura en voz alta y que éste manifieste si está conforme. En caso de estarlo firmarán todos el instrumento, asentándose el lugar, año, mes, día y hora en que haya sido otorgado.

En el supuesto de que alguno de los testigos no sepa escribir, firmará otro de ellos por él, pero cuando menos, deberá constar la firma entera de dos testigos.

Debe intervenir otro testigo más que firme a su ruego cuando el testador no pueda o no sepa escribir, cuando exista extrema urgencia y no pueda ser llamado otro testigo, firmará por el testador uno de los instrumentales, haciéndose constar esta circunstancia.

El testador que tenga sordera total pero que sepan leer, deberá dar lectura a su testamento; en caso de no saber, designará una persona que lo lea a su nombre.

Cuando sea ciego el testador, se leerá dos veces el testamento, una por el Notario y otra por un testigo designado por él mismo.

Según marca el artículo 1518, cuando el testador ignore el idioma del país, si puede escribirá de su puño y letra su testamento, que será traducido al español por los dos intérpretes a que se refiere el artículo 1503: "Cuando el testador ignore el idioma del país, concurrirán al acto y firmarán el testamento, además de los testigos y el Notario, dos intérpretes nombrados por el mismo testador." La traducción se transcribirá como testamento en el protocolo respectivo y el original se archivará

en el apéndice correspondiente del Notario que intervenga en el acto.

Si el testador no puede o no sabe escribir, uno de los intérpretes escribirá el testamento que dicte aquél, y leído y aprobado por el testador, se traducirá al español por los dos intérpretes que deben concurrir al acto; hecha la traducción se procederá como se dispone en el párrafo anterior.

Si el testador no puede o no sabe leer, dictará en su idioma el testamento a uno de los intérpretes. Traducido por los dos intérpretes, se procederá como dispone el párrafo primero del artículo 1518.

Una vez cumplidas todas las formalidades, el Notario dará fé de haberse llenado éstas.

Si faltara alguna de las referidas solemnidades, quedará el testamento sin efecto, y el Notario será responsable de los daños y perjuicios e incurrirá, además, en la pena de pérdida de su oficio.

### 2.2.2. TESTAMENTO PUBLICO CERRADO

Utilizando papel común, el testamento público cerrado puede ser escrito por el testador o por otra persona a su ruego.

Todas las hojas del testamento deben ser rubricadas y consignar la firma al calce; si no sabe o no puede, podrá rubricar otra persona por él a su ruego. En caso de ocurrir lo anterior, la persona que rubricó deberá concurrir con él a presentar el pliego cerrado; el testador declarará que aquella persona rubricó y firmó en su nombre y ésta firmará en la cubierta con los testigos y el Notario.

La cubierta del papel del testamento deberá estar cerrada y sellada o deberá hacerlo en el acto del otorgamiento, exhibiéndolo al Notario en presencia de tres testigos, declarando que en el pliego está contenida su última voluntad. El Notario dará fé del otorgamiento, extendiendo la constancia en la cubierta del testamento que llevará las estampillas del timbre correspondiente, y deberá ser firmada por el testador, los testigos y el Notario, quien además pondrá su sello.

En este tipo de testamento siempre deberá haber tres firmas, de tal forma que si alguno de los testigos no supiera firmar, se llamará a otra persona que lo haga en su nombre y en su presencia.

Si al realizar la presentación del testamento no pudiera firmar el testador, lo hará otra persona, no debiendo hacerlo ninguno de los testigos, y esta persona lo hará en su nombre y en su presencia. Sólo podrá firmar uno de los testigos en caso de extrema urgencia, ya sea por uno de los testigos o por el testador. Hará constar expresamente esta circunstancia el Notario, bajo la pena de suspensión en su actividad por tres años.

Son inhábiles para hacer testamento público cerrado los que no pueden o no saben leer.

El artículo 1531 determina que el sordomudo podrá hacer testamento público cerrado con tal que esté todo el escrito, fechado y firmado de su propia mano, y que al presentarlo al Notario ante cinco testigos, escriba a presencia de todos sobre la cubierta que en aquel pliego se contiene su última voluntad, y vaya escrita y firmada por él. El Notario declarará en el acta de

la cubierta que el testador lo escribió así, observándose, además, lo dispuesto en los artículos 1524, 1526 y 1527.

El que únicamente sea mudo o sordo, puede hacer testamento cerrado, con tal que esté escrito de su puño y letra, o que anote el testador si ha sido escrito por otro, firmado la nota de su puño y letra, sujetándose a las demás solemnidades precisadas para esta clase de testamentos.

Quedará sin efecto el testamento público cerrado que carezca de alguna formalidad y el Notario tendrá la pena de pérdida de oficio.

Una vez que el testamento esté cerrado y autorizado, se entregará al testador, y el Notario pondrá razón en el protocolo el lugar, hora, día, mes y año en que el testamento fue autorizado y entregado; si el Notario no lo llevara a cabo no se anulará el testamento, únicamente el Notario será suspendido por seis meses.

El testador podrá depositar el testamento en el Archivo Judicial, conservarlo en su poder, o darlo en guarda a persona de su confianza.

Si el testador lo deposita en el Archivo Judicial, se presentará con él ante el encargado de éste, quien asentará en el libro que con ese objeto debe llevarse una razón del depósito o entrega, que será firmada por dicho funcionario y el testador, a quien se dará copia autorizada; esta presentación puede hacerse por procurador.

El poder debe otorgarse en escritura pública, para la entrega y para la extracción del testamento, y esta circunstancia se hará constar en la nota respectiva.

Cuando le parezca, el testador puede retirar su testamento; pero la devolución se hará con las mismas solemnidades que la entrega.

Cuando el juez reciba un testamento cerrado, hará comparecer al Notario y a los testigos que concurrieron a su otorgamiento.

Para que un testamento público cerrado pueda ser abierto, el Notario y los testigos instrumentales deben reconocer su firma, y la del testador y declarar si está cerrado y sellado como lo estaba cuando se realizó el acto de la entrega. En caso de que alguno de los testigos no pueda comparecer por enfermedad, muerte o ausencia, con el reconocimiento de la mayor parte y del Notario será suficiente.

Si no puede comparecer el Notario, la mayor parte de los testigos o ninguno, el Juez lo hará constar así por información, como también la legitimidad de las firmas y que en la fecha que lleva el testamento se encontraban aquéllos en el lugar en que éste se otorgó. En el caso los que comparecieron reconocerán sus firmas.

Una vez cumplido lo anterior, el Juez decretará la publicación y protocolización del testamento.

Si el pliego se encuentra roto, o abierto de la cubieta, o borradas, raspadas o enmendadas las firmas que lo autorizan, aunque no esté viciado el contenido, el testamento cerrado quedará sin efecto.



De acuerdo a lo que manda el artículo 1549, toda persona que tuviere en su poder un testamento cerrado y no lo presente, como está prevenido en los artículos 1508, "...el Notario que hubiese autorizado el testamento, debe dar aviso a los interesados luego que sepa la muerte del testador, si no lo hace, es responsable de los daños y perjuicios que la dilación ocasione...", y, de acuerdo al 1509, "...lo dispuesto en el artículo que precede se observará también por cualquiera que tenga en su poder un testamento..." o lo sustraiga dolosamente de los bienes del finado, incurrirá en la pena, si fuere heredero por intestado, de pérdida del derecho que pudiera tener, sin perjuicio de la que le corresponda conforme al Código Civil.

### 2.2.3. TESTAMENTO OLOGRAFO

Se da el nombre de testamento ológrafo al escrito de puño y letra del testador.

Para que el testamento ológrafo produzca efectos debe estar depositado en el Archivo General de Notarías y bajo las siguientes formas:

a) El testamento se hará por duplicado y debe imprimir su huella digital en cada uno de ellos. El original dentro de un sobre cerrado y lacrado, será depositado en el Archivo General de Notarías, y el duplicado también cerrado en un sobre que al igual deberá ir lacrado y con la nota en la cubierta a que se refiere el artículo 1555, será devuelto al testador. El testador puede poner en los sobres que contienen el testamento los sellos, marca o señales que estime necesarios para evitar violaciones. La nota que debe ir en la cubierta del duplicado del testamento es la siguiente: "Recibí el pliego cerrado del Señor ... afirma contiene original su testamento ológrafo, del cual, según afirmación del mismo Señor, existe dentro de este sobre un duplicado." (Y que debe ser por el encargado de la oficina.)

Después debe contener el lugar y la fecha en que se extiende la constancia que será firmada por el encargado de la oficina, poniéndose también al calce la firma del testador y de los testigos de identificación, cuando intervengan.

El testamento ológrafo sólo puede ser otorgado por personas mayores de edad, ser totalmente escrito por el testador y firmado por él para que sea válido, con día, mes y año en que se otorgue; los extranjeros, podrán testar en su propio idioma.

Si el testamento contuviere tachaduras, enmendaduras o entrerrenglones, el testador las salvará bajo su firma. Si esto no ocurriera sólo afecta la validez de las palabras tachadas, enmendadas o entrerrenglonadas, no al testamento mismo.

b) El testador deberá depositar personalmente en el Archivo General de Notarías, y quien si no es conocido del encargado de la oficina, debe presentar dos testigos que lo identifiquen. Debe poner la siguiente nota en el sobre que contenga el testamento de su puño y letra: "Dentro de este sobre se contiene mi testamento", después lugar y fecha en que se hace el depósito. La nota será firmada por el testador y por el encargado de la oficina. En el caso de los testigos de identificación también firmarán.

Cuando está imposibilitado el testador para hacer personalmente la entrega de su testamento en la oficina del Archivo General de Notarías, el encargado de ella deberá concurrir al lugar donde aquél se encontrare, para cumplir las formalidades del depósito.

En cualquier tiempo el testador puede retirar del Archivo General de Notarías el testamento depositado ya sea personalmente

o por medio de mandatario con poder especial otorgado en escritura pública y en cuyo caso se hará constar el retiro en un acta que firmarán el interesado o su mandatario, y el encargado de la oficina.

Cuando se promueva un juicio sucesorio ante el Juez, pedirá informes al encargado del Archivo General de Notarías, acerca de si en su oficina se ha depositado algún testamento ológrafo del autor de la sucesión, para que en caso de que así sea, se le remita el testamento.

Cualquiera que tenga noticia de un testamento o el que guarde algún duplicado lo comunicará al Juez competente, quien pedirá al encargado del Archivo General de Notarías en que se encuentra el testamento que se lo remita; recibido por el Juez, éste se asegurará de que no ha sido violado. Examinará la cubierta que lo contiene, los testigos reconocerán sus firmas y la del testador, y en presencia del Ministerio Público, de los que se hayan presentado como interesados, se abrirá el sobre que contiene el testamento. Si éste llena los requisitos mencionados en el artículo 1551 y queda comprobado que es el mismo que depositó el testador, se declarará formal testamento de éste.

Cuando un original se pierda o sea destruido, se tendrá como formal el duplicado, procediendo para su apertura con la misma forma de un original.

Los informes sobre un testamento ológrafo sólo los proporcionará el encargado del Archivo General de Notarías: al mismo testador, a los Jueces competentes que oficialmente se los pidan y a los Notarios cuando ante ellos se tramite la sucesión.

Al respecto, esta forma de testar nos da la idea de una libertad absoluta y en la cual el testador podrá realizarlo en plena concentración y sin la menor presión psicológica o escénica, ya que para muchos individuos el estar ante la presencia de una autoridad puede repercutir en sus decisiones, y tomando en cuenta la trascendencia de este acto, nos resulta de lo más adecuado. Considerando que el testador se encuentre en buen estado de salud, no encontrándose en el mar ni en el campo de batalla y estando en su país.

#### 2.2.4. TESTAMENTO PRIVADO

Nuestro Código Civil, en su artículo 1565 dice: "El testamento privado está permitido en los casos siguientes:

I. Cuando el testador es atacado por una enfermedad tan violenta y grave que no dé tiempo para que concurra Notario a hacer testamento;

II. Cuando no haya Notario en la población o Juez que actúe por receptoría;

III. Cuando, aunque haya Notario o Juez en la población, sea imposible o por lo menos muy difícil, que concurren al otorgamiento del testamento;

IV. Cuando los militares o asimilados del ejército entren en campaña o se encuentren prisioneros de guerra.

Para poder realizar un testamento privado, es necesario que al testador no le sea posible hacer testamento ordinario.

En el caso de hacer testamento privado declarará el testador en presencia de cinco testigos idóneos su última voluntad, que uno de ellos redactará por escrito, si el testador no puede escribir, y no será necesario redactar por escrito el testamento, cuando ninguno de los testigos sepa escribir, y en caso de suma emergencia bastarán tres testigos idóneos.

Según el artículo 1570 al otorgarse el testamento privado se observarán en su caso, las disposiciones contenidas en los artículos del 1512 al 1519.

Sólo surtirá efectos el testamento privado si el testador fallece de la enfermedad o en el peligro en que se hallaba, o dentro de un mes de desaparecida la causa que lo autorizó.

Para su validez el testamento privado necesita, además, que se haga la siguiente aclaración:

Que los testigos fueren idóneos y estuvieren conformes en todas y cada una de las circunstancias del testamento, el Juez declarará que sus dichos son el formal testamento de la persona de quien se trate. Teniendo en cuenta las declaraciones de los

testigos que firmaron y oyeron, en su caso, la voluntad del testador. Deberán declarar circunstancialmente los testigos que concurran a un testamento privado lo siguiente:

- a) El lugar, la hora, el día, el mes y el año en que se otorgó el testamento;
- b) si reconocieron, vieron y oyeron claramente al testador;
- c) el tenor de la disposición;
- d) si el testador estaba en su cabal juicio y libre de cualquier coacción;
- e) el motivo por el que se otorgó el testamento privado;
- f) si saben que el testador falleció o no de enfermedad, o en el peligro en que se hallaba.

Si muriese alguno de los testigos después de la muerte del testador, se hará la declaración con los restantes, con tal de que no sean menos de tres manifiestamente contestes, y mayores de toda excepción.

Cuando no haya dado en la falta de un testigo se podrá proceder.

Cuando se sepa el lugar donde se hallaban los testigos, serán examinados por exhorto.



Estando ante la presencia de un testamento privado, tenemos que para las circunstancias en las cuales se realiza es factible pero este tipo de testamento a nuestro criterio puede ser no de mucha confiabilidad a pesar del número de testigos que se requieren. Al igual que en el caso de los militares, pero teniendo en cuenta la premura con que se realiza, fue de utilidad establecer esta forma.

#### 2.2.5. TESTAMENTO MILITAR

Cuando un militar esté herido sobre el campo de batalla, bastará que declare su voluntad ante dos testigos, o que entregue a los mismos el pliego cerrado que contenga su voluntad, firmada de puño y letra; esto también regirá en su caso para los prisioneros de guerra.

El testamento por escrito deberá ser entregado al jefe de la corporación, quien lo remitirá al Ministro de Guerra y éste a la autoridad judicial competente, lo que se hará enseguida que muere el testador.

Según ordena el artículo 1582, si el testamento hubiere sido otorgado de palabra, los testigos instruirán de él desde luego al Jefe de la Corporación, quien dará parte en el acto al Ministro de Guerra, y éste a la autoridad judicial competente, a fin de que proceda, teniendo en cuenta lo dispuesto en los artículos de 1571 al 1578.

El testamento militar es lo bastante simple como su caso lo amerita ya que se está en circunstancias difíciles para realizarlo de otra forma; la confianza en la buena fé de sus compañeros, ya que su declaración es fundamental, se estima que es adecuado.

#### 2.2.6. TESTAMENTO MARITIMO

Testamento marítimo es aquel que se elabora estando en altamar, a bordo de navíos de la Marina Nacional, sea de guerra o mercante, sujetándose a determinadas prescripciones que a continuación comentaremos.

Para realizar el testamento marítimo deberá ser escrito en presencia de dos testigos y del Capitán de Navío, y deberá ser firmado por el Capitán y los testigos.

Los testamentos marítimos deben realizarse por duplicado, debe conservarse con los documentos importantes de la embarcación y hacerse mención en su diario; si el Capitán hiciera testamento, desempeñará sus veces el que deba suplirlo en el mando.

Cuando en el lugar que arribare el buque existiera un Agente Diplomático, Cónsul o Vicecónsul mexicanos, el Capitán depositará ante él uno de los ejemplares del testamento, fechado y sellado con una copia de la nota que deba constar en el diario de la embarcación; cuando se arribe a territorio mexicano, se entregará el otro ejemplar o ambos, y si no se dejó alguno en otra parte a la autoridad marítima del lugar, el Capitán de la embarcación exigirá recibo de la entrega y lo citará por nota en el diario.

.El artículo 1591 dice: "El testamento marítimo solamente producirá efectos legales falleciendo el testador en el mar, o dentro de un mes contado desde su desembarque en algún lugar donde conforme a la ley mexicana o a la extranjera, haya podido ratificar u otorgar de nuevo su última disposición."

Artículo 1592.- "Si el testador desembarca en un lugar donde no haya Agente Diplomático o Cónsul, y no se sabe si ha muerto, ni la fecha del fallecimiento, se procederá conforme a lo dispuesto en el título XI del Libro Primero", que dice:

Artículo 648:- "El que hubiere ausentado del lugar de su residencia ordinaria y tuviere apoderado constituido antes o después de su partida, se tendrá como presente para todos los efectos civiles, y sus negocios se podrán tratar con el apoderado hasta donde alcance el poder."

Cuando reciban los ejemplares los Agentes Diplomáticos, Cónsules o las autoridades marítimas, levantarán un acta de entrega, y la remitirán con los citados ejemplares, a la posible brevedad, al Ministerio de Relaciones Exteriores, el cual hará publicar en los periódicos la noticia de la muerte del testador, para que los interesados promuevan la apertura del testamento.

De lo anterior se deduce que este sistema para nuestra forma de pensar es bastante adecuada ya que por las dificultades que se tienen en altamar es lo suficientemente simplificado para que cualquier persona pueda llevarlo a cabo.

### 2.2.7. TESTAMENTO HECHO EN PAIS EXTRANJERO

Si un testamento hecho en país extranjero es formulado de acuerdo con las leyes del país en que se otorgó, producirá efectos en el Distrito Federal.

En caso de testamento hecho en país extranjero si las disposiciones testamentarias deben tener su ejecución en el Distrito Federal; los Secretarios, Cónsules y Vicecónsules mexicanos podrán hacer las veces de Notarios o de receptores de los testamentarios de los nacionales en el extranjero.

De acuerdo al artículo 1595 los funcionarios mencionados remitirán copia autorizada de los testamentos que ante ellos se hubieren otorgado, al Ministerio de Relaciones Exteriores para los efectos prevenidos en el artículo 1590.

Los Agentes Diplomáticos, Cónsules o las autoridades marítimas levantarán, luego que reciban los ejemplares referidos, un acta de la entrega, y la remitirán con los citados ejemplares, a la posible brevedad, al Ministerio de Relaciones Exteriores, el cual hará publicar en los periódicos la noticia de la muerte del

testador, para que los interesados promuevan la apertura del testamento (artículo 1590).

Cuando el testamento sea ológrafo, el funcionario que intervenga en su depósito, lo remitirá por conducto de la Secretaría de Relaciones Exteriores, en el término de diez días, al encargado del Archivo General de Notarías.

Cuando el testamento haya sido confiado a la guarda del Secretario de Legación, Cónsul o Vicecónsul, hará mención de esa circunstancia y dará recibo de la entrega.

Los testamentos otorgados ante los Agentes Diplomáticos o Consulares, llevarán el sello de la legación o consulado respectivo en el papel que se extienda.

En nuestra opinión el testamento hecho en país extranjero tiene gran función ya que por la importancia de este acto sería perjudicial que por el hecho de que una persona no se encuentre bajo el seno de su nación sus bienes no pasaran a las personas como él lo desea.

### 2.3. VALIDEZ Y NULIDAD DE LOS TESTAMENTOS

El Código Civil nos dice acerca de la nulidad que:

Cuando la institución de heredero o legatario sea hecha en memoria o comunicados secretos será nula.

Cuando un testamento sea realizado por el testador bajo la influencia de amenazas contra su persona o sus bienes, o contra la persona o bienes de su cónyuge o de sus parientes, éste será nulo al igual que es nulo el testamento captado por dolo o fraude.

Será nulo el testamento en que no sea clara la voluntad del testador, o sea, con señales o monosílabas.

Cuando un testamento se otorga en contravención a formas prescritas por la ley es nulo. La renuncia del derecho de testar es nula; así como la renuncia de la facultad de revocar un testamento.

Sobre la nulidad de los testamentos Rojina Villegas nos dice que son éstas las clases de nulidad:

- a) Nulidad relativa
- b) Nulidad absoluta
- c) Nulidad por incapacidad
- d) Nulidad por dolo
- e) Nulidad por falta de formas.

a) Nulidad relativa.- Cuando una acción es prescriptible, la nulidad es relativa.

El testamento hecho por un incapaz está afectado de nulidad relativa basándose en el precepto general en el capítulo de nulidad que dice:

Artículo 2236.- La acción de nulidad fundada en incapacidad o en error, puede intentarse en los plazos establecidos en el artículo 638. Si el error se conoce antes de que transcurran esos plazos, la acción de nulidad prescribe a los sesenta días, contados desde que el error fue conocido.



El Código Procesal Civil ha determinado que la acción de herencia es una acción real.

Artículo 3º del C.P.C.- Por las acciones reales se reclamarán: La herencia, los derechos reales o la declaración de libertad de gravámenes reales. Se dan y se ejercitan contra el que tiene en su poder la cosa y tiene obligación real, con excepción de la petición de herencia y la negatoria.

Realmente no debe ser una acción real, porque la herencia implica la transmisión de un patrimonio que supone derechos reales y personales; sin embargo, la acción de petición de herencia la califica el Código Procesal como real.

El artículo 638 dice: "La acción para pedir la nulidad prescribe en los términos en que prescriben las acciones personales o reales, según la naturaleza del acto cuya nulidad se pretende."

b) Nulidad absoluta.- La nulidad absoluta es aquella en donde la acción es imprescriptible, y no es susceptible de confirmación.

Rojina Villegas dice al respecto: "En los testamentos no es posible la ratificación del acto, pues si el testador declara cuando ha sido víctima de violencia, error o dolo o cuando ha hecho su testamento en estado de incapacidad, que ratifica, su testamento, no se tratará de ratificación, aunque se emplee el término. En efecto, el testamento surtirá sus efectos hasta la muerte del testador y no podrá surtirlos desde la fecha en que se otorgó el acto, como sucede en los contratos.

En tal virtud, no hay prescripción ni ratificación cuando esto sucede, y además, la acción puede intentarse por los presuntos herederos legítimos excluidos en el testamento, por el Ministerio Público, por el representante de la Secretaría de la Asistencia Pública, que tiene interés en la herencia por los herederos o legatarios instituidos a quienes perjudique el testamento, porque no se les reconozca sino una parte menor de la que les correspondería como herederos legítimos. Es decir, se deduce de aquí que se trata de una acción que al invocarse por cualquier interesado, es Nulidad absoluta." <sup>1</sup>

c) Nulidad por incapacidad.- Se debe tener capacidad de ejercicio que se requiere para la validez en los actos jurídicos,

<sup>1</sup> Rojina Villegas, Rafael. Derecho Civil Mexicano. Toomo IV, Ed. Porrúa, 6ª ed., México, 1985, pág. 323.

para que no se nulifique; la incapacidad es una causa de invalidez que origina la Nulidad relativa del contrato o del acto en general.

La enajenación mental origina en los testamentos una forma de incapacidad, pero no absoluta, como en materia de contratos.

d) Nulidad por dolo.- Por dolo se entiende cualquier situación que induzca al testador a caer en el error o mantenerlo en él.

La nulidad por dolo es igual a la nulidad por error, ya que el dolo induce al error, determinante de la voluntad.

e) Nulidad por falta de forma.- Cuando no se observan las formas prescritas por la ley estamos ante la presencia de nulidad por falta de forma.

En nuestro derecho los actos jurídicos se clasifican en solemnes, formales y consensuales.

Rojina Villegas dice: "Los testamentos son actos jurídicos solemnes en cuanto a la categoría o forma sustancia que caracteriza para cada tipo la ley, al determinar las especies de testamento, como son el público abierto, el público cerrado, el ológrafo, etc." 2

Con respecto a la nulidad que nos marca acerca del testamento consideramos que es una medida adecuada ya que pueden existir diversos actos que no sean los adecuados o que no contengan las solemnidades adecuadas.

Los testamentos son ordinarios y especiales; todos los ordinarios son solemnes, que son: el público abierto, público cerrado y el ológrafo.

Los especiales son: el privado, el marítimo, el militar y el hecho en país extranjero. Generalmente son formales; se requiere que la voluntad del testador conste en un documento. Para el testamento privado y el militar, en caso de suma emergencia, en que no haya tiempo de hacer la redacción por escrito o en que el testador y los testigos no sepan escribir, es válida la manifestación verbal entre esos testigos, que en su oportunidad

---

2 *Ibid.*, Pág. 339.

serán examinados para ver si su testamento concuerda y la manifestación es cierta.

#### Validez en los testamentos.

El testamento, siempre que tenga los requisitos de ley es válido. La validez se refiere al perfeccionamiento del negocio en general y por lo tanto a la del testamento.

Y la eficacia es la producción de los efectos; y no impide que el testamento tenga por el momento la validez, pero no la idoneidad actual para producir su efecto.

Messine comenta al respecto: "La prueba de que el testamento es (o puede ser) perfecto desde el momento de la redacción del mismo, se deduce fácilmente de la consideración de que, acerca de la capacidad del testador erigida para poder emitir declaración válida de voluntad testamentaria se debe decidir haciendo referencia al estado psicológico de él en el momento de la confección del testamento y que la revocabilidad presupone

precisamente la perfección del testamento; de lo contrario, su revocación no sería necesaria." <sup>3</sup>

#### 2.4. INSTITUCION DEL HEREDERO

La institución del heredero ha sufrido varios cambios desde Roma en aquellos ayeres; la forma de designar a una persona influía en el fondo de la institución. En la actualidad la forma de heredar nos da la distinción entre heredero y legatarios.

En el Derecho Romano la institución de heredero era esencial para la sustancia del testamento, y figurar a la cabeza del testamento.

En la legislación actual puede existir y ser totalmente válido un testamento sin distinción de heredero, la esencia no se la da el nombre, sino la forma en la que se hereda; lo único que se exige es que sea identificable la persona designada.

---

<sup>3</sup> Messine, Francesco. Manual de Derecho Civil y Comercial. Ed. Buenos Aires, Tomo VII, pág. 56, 1979.

El Lic. Luis Uribe nos dice que las características fundamentales de la institución de heredero son: "Su universalidad y lo que distingue fundamentalmente la naturaleza jurídica del Derecho del heredero y del legatario." 4

Leopoldo Aguilar Carbajal dice al respecto: "Cuando no se pueda determinar la persona del heredero, es nula la institución; pero no es nulo el testamento." 5

Y cierto es que ni entre los romanos ni entre nosotros ha existido duda en que el único título universal es el de heredero, y el único particular el de legatario.

El Código Civil dice en su artículo 1390.- "Toda disposición en favor de persona incierta o sobre cosa que no pueda identificarse será nula, a menos que por algún evento puedan resultar ciertas."

Cuando la transmisión de la herencia se efectúa al momento mismo del fallecimiento del autor, se llama institución pura de

4 Uribe, Luis F. Sucesiones en el Derecho Mexicano. Ed. Jus, S.A., México, 1962. Pág. 196.

5 Aguilar Carbajal, Leopoldo. Segundo Curso de Derecho Civil. Ed. Porrúa, 3ª ed., México, 1975. Pág. 315.

heredero, pues no tiene ninguna modalidad que lo afecte. La institución de heredero no puede estar sujeta a término, ya sea extintivo o suspensivo, puesto que daría nacimiento a las sustituciones fideicomisarias, al permitir la transmisión de bienes durante la vida del heredero.

En cambio la calidad de heredero sí puede estar sujeta a condición suspensiva, el artículo 1497 dice al respecto: "Las disposiciones testamentarias caducan y quedan sin efecto, en lo relativo a los herederos y legatarios:

I. Si el heredero o legatario muere antes que el testador o antes de que se cumpla la condición de que dependa la herencia o el legado.

II. Si el heredero o legatario se hace incapaz de recibir la herencia o legado.

III. Si renuncia a su derecho.



La fracción primera nos señala una causa de caducidad, la no realización de la condición suspensiva; en este caso no nació el derecho del heredero.

Los legatarios sí pueden estar sujetos a toda especie de modalidades, ya que el heredero sería responsable de las deudas hereditarias, y en el caso de que existieran puros legatarios, serían considerados como herederos.

A pesar de existir reglas generales para interpretación del acto jurídico, existen reglas específicas para la interpretación de las cláusulas testamentarias, en que se instituyen herederos, y son las siguientes:

a) En el caso de que se instituyan varios herederos sin designación de partes, se entienden instituidos por partes iguales (Fundamento en el artículo 1381 C. C.);

b) cuando se hace institución de herederos, designando a unos en forma individual y a otros en forma colectiva, se reputan instituidos todos en forma individual, a menos que resulte

contraría esta interpretación a la intención del testador (Fundamento en el artículo 1383);

c) cuando el testador instituye como herederos a sus hermanos, sin designación de partes, la ley presume que heredarán como si se tratara de intestado (Fundamento en el artículo 1384);

d) cuando se instituyan herederos a una persona y a sus hijos, sin designación de partes, se entenderán llamados simultáneamente y en iguales porciones (Fundamento en el artículo 1385).

De esto podemos desprender que el legislador quiere que se aplique la voluntad del testador, y que debe respetarse.

Respecto a las condiciones que originan la nulidad de la institución de heredero tenemos que son las siguientes:

a) La condición que obligue al heredero o legatario a testar en favor de determinadas personas (Fundamento en el artículo 1349). Cuando la condición sea imposible, para apreciarse si es o no, debe atenderse al momento de la muerte del testador (Fundado

en los artículos 1347 y 1348). En todo caso es nula la institución, no el testamento;

b) las ilícitas o las imposibles, ya que, según hemos comentado, el legislador ordena que se apliquen las reglas generales de las obligaciones.

También tenemos las condiciones que se tienen por no puestas y son las siguientes:

a) La condición que restrinja la libertad del heredero o legatario, prohibiéndole u obligándole a tomar estado (Fundamento en el artículo 1358);

b) la que prohíba impugnar el testamento (Fundamento en el artículo 1355).

Leopoldo Aguilar dice: "Como excepción a la teoría general, la condición en el testamento puede consistir en un acontecimiento ya realizado, ignorándolo el testador (Fundamento en el artículo 1356), pero el problema se presenta en el caso de que se pueda repetir el hecho; entonces el heredero o legatario

debe repetirlo; en cambio, si no puede repetirse, se tiene por cumplida la condición (Fundamento en el artículo 1353)." 6

Existe una disposición importante en el artículo 1498, que dice: La disposición testamentaria que contenga condición de suceso pasado o presente desconocidos, no caduca aunque la noticia del hecho se adquiriera después de la muerte del heredero o legatario, cuyos derechos se transmiten a sus respectivos herederos.

El Código Civil nos señala que el heredero instituido en cosa cierta y determinada debe tenerse por legatario.

Cuando nombre algunos herederos individualmente y a otros colectivamente, los colectivamente nombrados se considerarán como si fuesen individualmente, a no ser que la voluntad del testador haya sido otra.

En este caso de que el testador instituye a sus hermanos y éste tiene hermanos sólo de madre, sólo de padre, y de padre y madre, se dividirán la herencia como en caso de intestado.

---

6 *Ibid.*, pág. 317.

Cuando el testador llama a la sucesión a sus hijos y a cierta persona, se entenderán todos instituidos simultáneamente, no sucesivamente.

Debe ser instituido el heredero designándolo por su nombre y apellido, y si hubiere varios que tuvieren el mismo nombre y apellido, deben agregarse otros nombres y circunstancias que distingan al que se quiere nombrar, si se omitió el nombre del heredero, pero el testador le designó de otro modo que no pueda dudarse quién sea, valdrá la institución, el error en el nombre, apellido o cualidades del heredero, no vicia la institución y de otro modo se supiere ciertamente cuál es la persona nombrada.

Si existen varios individuos del mismo nombre y circunstancias y no se puede saber cuál quiso designar el testador, ninguno será heredero.

Todas las disposiciones en favor de persona incierta o sobre cosa que no pueda identificarse será nula, a menos que por algún evento puedan resultar ciertas.

Y por último diremos que el término sólo puede afectar a los legatarios, ya sea suspensivo o extintivo, o esto que se refiere a acontecimientos que deberán realizarse forzosamente, por lo que es seguro que existirá el derecho y, consiguientemente, ya entró el objeto del legado al patrimonio del legatario y nunca opera con efectos retroactivos. Nunca puede afectar a los herederos.

Artículo 1344.- El testador es libre para establecer condiciones al disponer de sus bienes.

## 2.5. LEGADOS

Como ya hemos mencionado, el heredero en nuestra legislación sucede a título universal o a particular del mismo, en cambio, quien sucede a título particular, en un bien o servicio, concretamente determinado, es legatario; el primero responde de las deudas hereditarias, el segundo no, responde únicamente de los que se les impongan expresamente o que el testador haya instituido sólo legatarios, lo que en este caso se considerarán como si fueran herederos.

Sobre el particular Leopoldo Aguilar Carbajal comenta que: "El legado es una institución privativa del Derecho Testamentario, ya que sólo en ella pueden instituirse legatarios; en la intestada nunca podrá existir." <sup>7</sup>

Luis Uribe conceptualiza al legado como: "Una disposición testamentaria por medio de la cual un testador instituye una liberalidad a título particular en favor de una persona quien a la muerte del autor de la sucesión adquiere el derecho de exigir del albacea cumpla con esa prestación concreta, tal y como lo ordenó el testador." <sup>8</sup>

Analizando los artículos 1285, 1392 y 1394 del Código Civil, podemos definir al legado en la siguiente forma:

El legado, como institución privativa de la testamentaria, consiste en la transmisión a título particular y gratuito, de un bien concreto y determinado o determinable, o en un hecho o servicio, en favor del legatario, y que pueda gravar a la sucesión, a un heredero o a un legatario.

---

<sup>7</sup> *Ibid.*, pág. 320.

<sup>8</sup> Uribe, Luis. *Op. cit.*, pág. 249.

Aunque ya es sabido que la transmisión es a título gratuito, no excluye la posibilidad de que el legatario haya sido gravado por el testador con alguna carga, evidentemente de menos valor que la cosa legada.

Basándonos en un principio general en materia de obligaciones y de contratos, la cosa legada debe ser determinada o al menos determinable, de otra forma no sería válido. Las mismas cualidades deben tener los hechos objeto del legado, además de su licitud y de su posibilidad.

El legado sigue las mismas modalidades que la institución de heredero, capacidad, condiciones y demás requisitos; sigue las mismas reglas que la institución de heredero; pero además el legado puede tener la modalidad del término, tanto suspensivo como extintivo.

El artículo 1394 comenta: "El testador puede gravar con legado no sólo a los herederos, sino a los mismos legatarios."



La titularidad del legado se adquiere en el momento mismo de la muerte del testador. Cuando se trata de una cosa específica determinada.

Pero cuando se trata de un bien sólo determinado en género, pero susceptible de determinación, la adquisición de la propiedad por el legatario se efectúa hasta el momento de su determinación.

La entrega de la cosa legada será hasta que se haya efectuado la liquidación de la herencia, el Código ordena que la cosa legada se entregue con sus mejoras y acciones tanto las naturales como las que haya incorporado el testador (artículo 1429 y 1395 del Código Civil).

Los gastos de entrega serán por cuenta del legatario. El legatario frente a terceros es propietario del bien desde el fallecimiento del testador (artículo 1415).

El legado puede ser puro y simple, cuando no está afectado por ninguna carga o gravamen.

Sujeto a término, ya sea suspensivo o extintivo; el término incierto convierte al legatario en usufructuario; sujeto a condición, tanto suspensiva como resolutoria.

**TERMINO SUSPENSIVO.-** Es que la herencia o legado quede condicionado a realización de un hecho o acto.

Te heredo mi automóvil siempre y cuando concluyas la licenciatura...

**TERMINO EXTINTIVO.-** Debe primero realizarse la condición para hacer efectivo el legado o herencia.

Te heredo esta casa pero si no velas por tus hermanos menores, queda sin efecto el legado...

**ONEROSO.-** Dice Leopoldo Aguilar Carbajal: "Pareciera una contradicción pero no lo es, ya que en este caso el legatario estará obligado a liberar una carga de monto inferior al valor del legado..."<sup>9</sup>

---

<sup>9</sup> Carbajal, Leopoldo. *Op. cit.*, pág. 251.

Alternativos, cuando el legatario puede escoger una cosa entre varias señaladas por el testador. Respecto a la nulidad y caducidad de los legados la ley sanciona con la nulidad del legado, no del testamento, los siguientes casos:

- Artículo 1427.- Es nulo el legado que el testador hace de cosa propia individualmente determinada, que al tiempo de su muerte no se halle en su herencia.

- Artículo 1428.- Si la cosa indeterminada fuere inmueble, sólo valdrá el legado existiendo en la herencia varias del mismo género; para la elección se observarán las reglas establecidas en los artículos 1456 y 1457.

- Artículo 1456.- Que nos dice la elección es del que debe pagar el legado, quien, si las cosas existen, cumple con entregar una de mediana calidad, pudiendo, en caso contrario, comprar una de esa misma calidad o abonar al legatario el precio correspondiente, previo convenio, o a juicio de peritos.

- Artículo 1457.- Si el testador concede expresamente la elección al legatario, éste podrá, si hubiere varias cosas del

género determinado escoger la mejor, pero si no las hay sólo podrá exigir una de mediana calidad o el precio que le corresponda.

- Artículo 1436.- Es nulo el legado de cosa que al otorgarse el testamento pertenezca al mismo legatario.

**LA CADUCIDAD TIENE QUE ATENDER A DOS MOMENTOS:**

Antes del fallecimiento del testador:

- a) Cuando perece la cosa objeto del legado;
- b) cuando la cosa se pierde por evicción;
- c) cuando el testador, en vida enajena la cosa.

Después del fallecimiento del testador:

a) Cuando la cosa objeto del legado perece por caso fortuito;

b) cuando se pierde en virtud de la acción de evicción, ejercitada por el dueño.

Los legados deben pagarse en el siguiente orden:

1. Los legados remuneratorios, que son aquellos que tienen por objeto recompensar servicios recibidos.

2. Los legados declarados preferentes por el testador.

3. Los legados de cosa cierta y determinada (puesto que son móviles de carácter afectivo).

4. La ley declara preferentes los legados de educación, éstos socialmente deben ser preferentes y debieran tener un lugar mejor, quizás el primero.

Los demás legados que existan deberán pagarse proporcionalmente al activo que exista en la herencia. La extinción de los legados puede realizarse de diversas formas que a continuación mencionaremos:

a) Cuando el testador revoque el legado;

b) cuando el legatario repudie el legado o lo pierda por incapacidad de heredar, cuando muera el legatario antes que el testador, antes que se ealice la condición suspensiva;

c) si la cosa perece antes o después de la muerte del testador o cuando se pierda por evicción.

Existen además diversas especies de legados, las que a continuación exponemos:

1.- **ALTERNATIVO.** Un legado es alternativo cuando el legatario tiene derecho a una de dos cosas designadas por el testador.

2.- **DE COSA AJENA.**- A este respecto Valverde refiere: "En la teoría general de las obligaciones la enajenación de cosa ajena está sancionada con la nulidad; sin embargo, en el testamento puede legarse una cosa ajena, con tal que el testador haya gravado con este legado al albacea, cuando no lo haya impuesto en especial a un heredero o legatario, tendrá que adquirirla para

que la entregue al legatario, y de no ser posible, entregará su precio (artículo 1432)." <sup>10</sup>

Nuestra ley menciona que la imposibilidad de adquisición deba ser probada por el legatario. Si el testador no sabía que la cosa legada era ajena es nulo.

3.- DE COSA PROPIA DEL HEREDERO O LEGATARIO A FAVOR DE UN TERCERO. Es válido el legado, siempre que la persona gravada con él acepte la herencia o el legado, pues en esta hipótesis deberá entregar la cosa legada al legatario; pero si el testador ignoraba que la cosa fuera propia del heredero o legatario, es nulo el legado.

4.- LEGADO DE PRENDA. Este legado consiste en la devolución de la cosa empeñada, que por hipótesis tenía el testador, al legatario deudor. En este caso debe devolverse al legatario la cosa recibida en prenda, extinguiéndose exclusivamente el derecho de prenda, pero no la deuda.

---

<sup>10</sup> Valverde, . *Op. cit.*, pág. 232.

5.- **LEGADO DE DEUDA.**- Consiste en que el testador perdona la deuda y liberará al legatario de toda responsabilidad. Aun cuando el testador haya demandado judicialmente al deudor, es válido el legado, si no efectuó el pago.

6.- **LEGADO DE TITULO.**- Cuando el testador haya legado algún título de propiedad, ya sea que conste en escritura pública o en contrato privado.

7.- **LEGADO AL ACREEDOR.**- Si el testador instituye como legatario a su acreedor, la ley estima que no se compensa con el crédito que éste tenía en contra del autor de la herencia, sino que debe ser pagado por el albacea, salvo el caso de que el testador expresamente declare lo contrario.

8.- **LEGADO PREFERENTE.**- El testador puede, por medio de un legado, mejorar la condición de un acreedor, haciendo puro el crédito condicional hipotecario, el simple o exigible, desde luego el que sea a término pero esta mejora no puede perjudicar los privilegios de los demás acreedores.



9.- LEGADO DE CREDITO.- El testador lega un crédito que otra persona le adeuda, este legado produce efectos en la parte insoluta del crédito al tiempo de abrirse la sucesión.

10.- LEGADO GENERICO DE LIBERACION.- Cuando legare las deudas a cargo de una persona sólo comprenderán las que existían al tiempo de otorgar el testamento, mas no las posteriores.

11.- LEGADO DE MUEBLE INDETERMINADO.- Para su validez debe estar comprendido en un género determinado y será exigible aunque en la herencia no exista ningún bien del género a que pertenece la cosa legada.

12.- LEGADO DE INMUEBLE INDETERMINADO.- Será válido si existen en la herencia varios del mismo género y respecto a la elección, se aplican las reglas previstas en los artículos 1456 y 1457.

13.- LEGADO DE ESPECIE.- Consiste en cosa específicamente determinada.

14.- LEGADO DE DINERO.- Este legado debe pagarse en especie.

15.- LEGADO DE COSA O CANTIDAD DEPOSITADA EN LUGAR QUE DESIGNA EL TESTADOR.- Este legado es únicamente en la parte que se encuentre en el lugar designado por el testador.

16.- LEGADO DE ALIMENTOS.- Pensión de alimentos que se da al legatario, durante su vida, a no ser que el testador haya designado un término extintivo.

17.- LEGADO DE EDUCACION.- Cantidad que debe darse a la persona para que se eduque, hasta que el legatario cumpla la mayoría de edad.

18.- LEGADO DE USUFRUCTO, USO, HABITACION O SERVIDUMBRE.- Puede ser de tiempo indefinido o con término.

19.- LEGADOS DE COSA GRAVADA.- Si la cosa legada estuviere sujeta a usufructo, uso o habitación, el legado deberá respetarlos hasta que se extingan legalmente, sin que la herencia tenga la obligación de extinguirlos o de indemnizar.

## 2.6. SUSTITUCIONES

Para introducirnos al tema, primeramente daremos la definición del Código Civil de sustitución; y nos señala que la sustitución se presenta cuando el testador puede cambiar una o más personas al heredero o herederos instituidos, para el caso de que mueran antes que él, o de que no puedan o no quieran aceptar la herencia (Artículo 1472).

Esto quiere decir que cuando una persona haya dictado testamento, pero posteriormente desee cambiarlo, está en pleno derecho, ya sea por razón de muerte o porque no puedan aceptar o no quieren la herencia.

Las sustituciones fideicomisarias quedan prohibidas y cualquier otra que no esté contenida en el supuesto del artículo 1472.

La forma de nombrar a los sustitutos puede ser conjunta o sucesiva; habiendo nombrado sustituto del sustituto y faltando, lo será el heredero del sustituto.

Para la forma de recibir la herencia los sustitutos, se hará con los mismos gravámenes y condiciones con que debían recibirlos los herederos, a no ser que haya dispuesto otra cosa el testador, o que los gravámenes o condiciones sean meramente personales del heredero; cuando los herederos instituidos en partes desiguales fueren sustituidos recíprocamente, en la sustitución tendrán las mismas partes que en la institución de herederos, a no ser que claramente aparezca haber sido otra la voluntad del testador.

En cuanto a la nulidad de la sustitución fideicomisaria, no importa la de la institución, ni la del legado, teniéndose únicamente por no escrita la cláusula fideicomisaria.

La disposición en que el testador deja la propiedad del todo o de parte de sus bienes a una persona y el usufructo a otra no se reputa fideicomisaria (desmembramiento de la propiedad), a no ser que el propietario o el usufructuario queden obligados a transferir a su muerte la propiedad o el usufructo a un tercero.

Es legítimo que un padre deje a un hijo una parte o la totalidad de sus bienes, con la carga de transferirlos al hijo o hijos que tuviere hasta la muerte del testador, tomándose en cuenta lo dispuesto en el artículo 1314, en cuyo caso el heredero

se considerará como usufructuario; cuando esto deba hacerse a descendientes de ulterior grado será nulo.

Quedan prohibidas y se consideran fideicomisarias, las disposiciones que contengan prohibiciones de enajenar, o que llamen a un tercero a lo que quede de la herencia por la muerte del heredero, o el encargo de prestar a más de una persona sucesivamente cierta renta o pensión.

No está prohibido imponer al heredero la obligación de invertir cierta cantidad en obras benéficas, como pensiones para estudiantes, para los pobres o para cualquier establecimiento de beneficencia.

## 2.7. SISTEMA TESTAMENTARIO EN MEXICO

La sucesión testamentaria, como su nombre lo indica, se realiza con base en el testamento del *de cujus*, el cual puede revestir cualquiera de las formas antes mencionadas.

Como lo hemos manifestado, en México existe la libre testamentificación, con la única restricción que para que sea

válido y no caiga en inoficioso se debe dejar alimentos a las personas siguientes:

a) A sus descendientes menores de dieciocho años respecto de los cuales tenga obligación legal de proporcionar alimentos al momento de la muerte;

b) a los descendientes que estén imposibilitados de trabajar, cualquiera que sea su edad, cuando exista la obligación a que nos referimos en el párrafo anterior;

c) al cónyuge supérstite cuando esté impedido de trabajar y no tenga bienes suficientes. Salvo otra disposición expresa del testador, este derecho subsistirá en tanto no contraiga matrimonio y viva honestamente;

d) a los ascendientes;

e) a la persona con quien el testador vivió como si fuera su cónyuge durante los cinco años que precedieron inmediatamente a su muerte o con quien tuvo hijos, siempre que ambos hayan permanecido libres del matrimonio durante el concubinato y que el

superviviente esté impedido de trabajar y no tenga bienes suficientes. Este derecho sólo subsistirá mientras la persona de que se trate no contraiga nupcias y observe buena conducta. Si fueran varias las personas con quien el testador vivió como si fuera su cónyuge, ninguna de ellas tendrá derecho a alimentos;

f) a los hermanos y demás parientes colaterales dentro del cuarto grado, si están incapacitados o mientras que no cumplan dieciocho años, si no tienen bienes para subvenir a sus necesidades (artículo 1368). Para ser merecedor de alimentos debe encontrarse al momento de la muerte en los supuestos anteriores.

Cuando existen parientes más próximos en grado no hay obligación de dejar alimentos, y cuando las personas que se encuentren en el supuesto de que son merecedoras a alimentos, tengan bienes, no hay obligación de dar alimentos, pero si teniéndolos su producto no iguala a la pensión que les correspondiera, su cantidad será reducida a la que falte para completarla.

Cuando la cantidad de los bienes del *de cuius* no es suficiente para dar alimentos a todos los que les corresponda, se suministrará de la siguiente forma:

a) Como primer lugar a los descendientes y al cónyuge supérstite o prorrata;

b) una vez cubierto lo anterior a los ascendientes, a prorrata;

c) como tercer lugar a los hermanos y a la concubina también prorrata;

d) y como último a prorrata igualmente a los demás parientes colaterales dentro del cuarto grado.

El testamento no sólo es un acto formal, sino además solemne. Para que tenga validez no basta con el acto de voluntad, el objeto, la realización de las formalidades exigidas, sino además de la solemnidad en que se encuentre y que exija cada forma de testamento. Puesto que el testamento es un acto de dominio de trascendencia, su realización debe ser personalísima y jamás por medio de un tercero. Revocable, pues se realiza por voluntad unilateral que no obliga con ello a su cumplimiento y podrá ser revocado en todo tiempo por su otorgante.



Cuando se realizan dos testamentos, el segundo revoca al primero, salvo que el testador desee que en parte o en todo subsista el primer testamento y no es necesaria la declaración expresa de que un testamento es revocado. Es necesario que en el momento de realizar el testamento, el de cujus esté libre y se encuentre sin presiones, no exista dolo, ni mala fé. Que se tenga capacidad en el momento de otorgar el testamento. Unicamente las personas físicas pueden disponer por testamento de sus bienes. Como un principio general pueden testar todas aquellas personas a quienes la ley no prohíbe expresamente el ejercicio de ese derecho. En forma general están incapacitadas para testar los menores que no han cumplido dieciséis años de edad, ya sean hombres o mujeres y los que habitual o accidentalmente no disfruten de su cabal juicio. Y para realizar dicho testamento declarando o cumpliendo deberes para después de su muerte y lo cual debería surgir del amor y honestidad y no tener que ser sancionado por la ley por existir crueldad o abandono al realizarlo, y tales deberes se refieren a los ya mencionados en el artículo 1368.

Con respecto a las formalidades que deben observarse corresponde a que en los ordinarios son con la normalidad de los testamentos comunes ya que su ordenamiento y otorgamiento no obedece a circunstancias especiales, sino que la forma es para

todos los individuos. En los especiales deben ser con las formas autorizadas para aquellas personas que se encuentran en circunstancias especiales, desean realizar su testamento y para las cuales no es posible observar las solemnidades que para los ordinarios.

## "CAPITULO TERCERO"

### SUCESION TESTAMENTARIA EN EL CODIGO CIVIL ESPAÑOL

#### 3.1. TESTAMENTO

Para el derecho español, ningún acto tiene mayor importancia en cuanto a la trascendencia de los efectos que producirá en la solemnidad de las formas que lo acompañan, ni en el particular cuidado con que la ley asiste a que se cumpla la suprema voluntad del difunto.

El proyecto del Código Civil español definía el testamento como "Acto solemne y esencialmente revocable por el que dispone el hombre de todo o parte de sus bienes para después de su muerte en favor de una o más personas." <sup>1</sup>

En cambio el Código Civil vigente lo define en su artículo 667.

---

<sup>1</sup> Derecho Civil Español. José Castán Tobeñas. La ordenación sistemática del Derecho Civil. Tomo IV, Madrid, pág. 258.

En la doctrina se dan variadas definiciones del testamento, y podemos referir una de ellas: "El de las definiciones de sentido muy general, que siguen la huella de Modestino, considerando el testamento como el acto para el cual el hombre manifiesta su última voluntad para que ésta sea cumplida después de su muerte." <sup>2</sup>

El artículo 667 del Código Civil Español señala: "El acto por el cual una persona dispone para después de su muerte de todos sus bienes o de parte de ellos, se llama testamento."

### 3.2. FORMAS DE TESTAMENTOS

El testamento puede ser común o especial (artículo 676 del C. C. E.). El común puede ser ológrafo, abierto o cerrado. Se consideran especiales el militar, el marítimo y el hecho en país extranjero.

No pueden ser testigos en los testamentos:

1. Los menores de edad, salvo lo dispuesto en el artículo 701 (Artículo 701: "En caso de epidemia puede igualmente otorgarse el testamento sin intervención de Notario ante tres

---

<sup>2</sup> *Ibid.* Pág. 59.

testigos mayores de dieciséis años").

2. Los domiciliados en el lugar del otorgamiento, a no ser que aseguren conocer al testador y el Notario conozca a éste y a aquéllos, o en los casos exceptuados por la ley. También podrán los españoles que se encuentren en país extranjero otorgar su testamento, abierto o cerrado, ante el Agente Diplomático o Consular de España residente en el lugar del otorgamiento.

En estos casos dicho agente hará las veces de Notario, y se observarán respectivamente todas las formalidades establecidas en las secciones quinta y sexta de este capítulo, no siendo, sin embargo, necesaria la condición del domicilio de los testigos (artículo 734 del C. C. E.).

3. Los ciegos y los totalmente sordos y mudos.

4. Los que no entiendan el idioma del testador.

5. Los que no estén en su sano juicio.

6. Los que hayan sido condenados por el delito de falsificación de documentos públicos y privados o por falso testimonio.

7. Los oficiales, auxiliares, copistas, subalternos y criados, cónyuge o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad del Notario autorizante (artículo 681 del C. C. E.).

### 3.2.1. TESTAMENTO PUBLICO ABIERTO

El testamento público abierto en España deberá ser otorgado ante Notario hábil para actuar en el lugar del otorgamiento, y tres testigos idóneos que vean y entiendan al testador y de los cuales uno, a lo menos, sepa y pueda escribir.

Sólo se exceptuarán de esta regla los casos expresamente determinados en esta misma sección (artículo 694 del C. C. E.).

El testador expresará su última voluntad al Notario y a los testigos. Redactado el testamento con arreglo a ella y con expresión del lugar, año, mes, día y hora de su otorgamiento, se leerá en voz alta, para que el testador manifieste si está conforme con su voluntad. Si lo estuviere, será firmado en el acto por el testador y los testigos que puedan hacerlo si el testador declara que no sabe o no puede firmar, lo hará por él, y a su ruego, uno de los testigos instrumentales u otra persona, dando fé de ello el Notario. Lo mismo se hará cuando alguno de

los testigos no pueda firmar.

El Notario hará siempre constar que, a su juicio, se halla el testador con la capacidad legal necesaria para otorgar el testamento (artículo 695 del C. C. E.).

Cuando el testador que se proponga hacer testamento abierto presente por escrito su disposición testamentaria, el Notario redactará el testamento con arreglo a ella y lo leerá en voz alta en presencia de los testigos, para que manifieste el testador si su contenido es la expresión de su última voluntad (artículo 696 del C. C. E.).

Designará dos personas que lo lean en su nombre, el que fuere enteramente sordo, si no sabe o no puede leerlo, y deberá leer por sí mismo en caso de poder, esto se hará en presencia de los testigos y del Notario (artículo 697 del C. C. E.).

Se dará lectura al testamento dos veces, cuando el testador sea ciego; una por el Notario, conforme a lo prevenido en el artículo 695, y otra en igual forma por uno de los testigos u otra persona que el testador designe.

Artículo 699 del C. C. E.- Todas las formalidades expresadas en esta sección se practicarán en un solo acto, sin que sea lícita ninguna interrupción, salvo la que pueda ser motivada por algún accidente pasajero.

El Notario dará fé, al final del testamento, de haberse cumplido todas las formalidades y de conocer al testador o a los testigos de conocimiento en su caso.

Cuando una persona se halle en peligro inminente de muerte, puede otorgar testamento ante cinco testigos idóneos, sin necesidad de Notario.

En caso de epidemia igualmente podrá otorgarse testamento sin necesidad de Notario, únicamente con tres testigos mayores de dieciséis años. De ser posible en los dos últimos párrafos el testamento se escribirá, no siéndolo, el testamento valdrá aunque los testigos no sepan escribir.

El testamento otorgado con arreglo a las disposiciones de los tres párrafos anteriores, quedará ineficaz si pasaren dos meses desde que el testador haya salido del peligro de muerte, o cesado la epidemia.



Cuando el testador falleciere en dicho plazo, también quedará ineficaz el testamento si dentro de los tres meses siguientes al fallecimiento no se acude al tribunal competente para que se eleve a escritura pública, ya se haya otorgado por escrito, ya verbalmente (artículo 703 del C. C. E.).

Los testamentos otorgados sin autorización del Notario serán ineficaces si no se elevan a escritura pública y se protocolizan en la forma prevenida en la ley de Enjuiciamiento Civil (artículo 704 del C. C. E.).

Declarado nulo un testamento abierto por no haberse observado las solemnidades establecidas para cada caso, el Notario que lo haya autorizado será responsable de los daños y perjuicios que sobrevengan, si la falta procediere de su malicia o de negligencia o ignorancia inexcusables.

Podrá otorgarse testamento sin Notario cuando el testador se hallare en peligro inminente de muerte ante cinco testigos idóneos. Para el caso de que exista epidemia podrá otorgarse testamento ante tres testigos idóneos sin necesidad de Notario.

En nuestro criterio la mejor forma de testamento, por en cuanto a ello encierra, ya que en esta forma es donde menos se

pudiera dar alteración o fuerza para realizarlo.

### 3.2.2. TESTAMENTO CERRADO

El Código Civil español, en su artículo 706, nos dice: "El testamento cerrado podrá ser escrito por el testador, o por otra persona a su ruego, en papel común, con expresión del lugar, día, mes y año en que se escribe. Si lo escribiere por sí mismo el testador, rubricará todas las hojas y pondrá al final su firma, después de salvar las palabras enmendadas, tachadas o escritas entre renglones. Si lo escribiere otra persona a su ruego, el testador pondrá su firma entera en todas las hojas y al pie del testamento. Cuando el testador no sepa o no pueda firmar, lo hará a su ruego y rubricará las hojas otra persona, expresando la causa de la imposibilidad."

Artículo 707 del C. C. E.- En el otorgamiento del testamento cerrado se observarán las solemnidades siguientes:

1. El papel que contenga el testamento se pondrá dentro de una cubierta cerrada y sellada, de suerte que no pueda extraerse aquél sin romper ésta.

2. El testador comparecerá con el testamento cerrado y sellado, o lo cerrará y lo sellará en el acto, ante Notario que haya autorizado y cinco testigos idóneos, de los cuales tres, al menos, han de poder firmar.

3. En presencia del Notario y los testigos manifestará el testador que el pliego que presenta contiene su testamento, expresando si se halla escrito, firmado y rubricado por él, o si está escrito de mano ajena y firmado por él al final y en todas sus hojas, o si, por no saber o no poder firmar, lo ha hecho a su ruego otra persona.

4. Sobre la cubierta del testamento extenderá el Notario la correspondiente acta de su otorgamiento, expresando el número y la marca de los sellos con que esté cerrado, y dando fe de haberse observado las solemnidades mencionadas del conocimiento del testador o de haberse identificado su persona en la forma prevenida en los artículos 685 y 686, y de hallarse, a su juicio, el testador con la capacidad legal necesaria para otorgar testamento.

Artículo 685 del C. C. E.- El Notario deberá conocer al testador o en su caso se identificará con dos testigos.

Artículo 686 del C. C. E.- Si no pudiera identificarse la persona conforme al artículo que precede se declarará esta circunstancia por el Notario, o por los testigos, en su caso, reseñando los documentos que el testador presente con dicho objeto y las señas personales del mismo.

5. Extendida y leída el acta, la firmarán el testador y los testigos que sepan firmar, y la autorizará el Notario con su signo y firma. Si el testador no sabe o no puede firmar, deberá hacerlo en su nombre uno de los testigos instrumentales u otra persona designada por aquél.

6. También se expresará en el acta esta circunstancia, además del lugar, hora, día, mes y año del otorgamiento.

Los que no sepan o no puedan leer y los ciegos, no pueden hacer testamento cerrado.

Puede otorgar testamento cerrado los sordomudos y los que no puedan hablar pero sí escribir, pero observándose lo siguiente:

1. Deberá el testamento estar escrito y firmado por el testador, con expresión del lugar, día, mes y año.

2. Al hacer su presentación, el testador escribirá en la parte superior de la cubierta, en presencia del Notario y de los cinco testigos, que aquel pliego contiene su testamento y que está escrito y firmado por él.

3. A continuación de lo escrito por el testador se extenderá el acta de otorgamiento, dando fé el Notario de haberse cumplido lo prevenido en el número anterior y lo demás que se dispone en el artículo 707, en lo que sea aplicable al caso (el artículo 707 ha sido comentado anteriormente).

Una vez que el testamento cerrado sea autorizado, el Notario lo entregará al testador, después de poner en el protocolo reservado copia autorizada del acta de otorgamiento.

El testador podrá encomendar a una persona a su guarda el testamento o conservarlo en su poder, o bien depositarlo en poder del Notario autorizante para que lo guarde en su archivo.

En este último caso, el Notario dará recibo al testador y hará constar en su protocolo reservado, al margen o a continuación de la copia del acta de otorgamiento, que queda el testamento en su poder. Si lo retirase después el testador, firmará un recibo a continuación de dicha nota (artículo 711 del

C. C. E.).

El Notario o la persona que tenga en su poder un testamento cerrado deberá presentarlo al Juez competente luego que sepa el fallecimiento del testador. Si no lo verifica dentro de diez días, será responsable de los daños y perjuicios que ocasione su negligencia (artículo 712 del C. C. E.).

Si existe dolo al no presentar el testamento cerrado que obre en su poder dentro del plazo fijado en el párrafo segundo del artículo anterior, además de la responsabilidad que en él se determina, perderá todo derecho a la herencia, si lo tuviere como heredero ab intestato o como heredero o legatario por testamento.

En esta misma pena incurrirán el que sustrajere dolosamente el testamento cerrado del domicilio del testador o de la persona que lo tenga en guarda o depósito, y el que lo oculte, rompa o inutilice de otro modo, sin perjuicio de la responsabilidad criminal que proceda (artículo 713 del C. C. E.).

Artículo 714 del C. C. E.- Para la apertura y protocolización del testamento cerrado se observará lo prevenido en la ley de Enjuiciamiento Civil.

Es nulo el testamento cerrado en cuyo otorgamiento no se hayan observado las formalidades establecidas en esta sección y el Notario que lo autorice será responsable de los daños y perjuicios que sobrevengan, si se probare que la falta precedió de su malicia o de negligencia o ignorancia inexcusables. Será válido, sin embargo, como testamento ológrafo, si todo él estuviere escrito y firmado por el testador y tuviere las demás condiciones propias de este testamento (artículo 715 del C. C. E.).

### 3.2.3. TESTAMENTO OLOGRAFO

El Código Civil español nos dice: "El testamento ológrafo sólo podrá otorgarse por personas mayores de edad."

Para que sea válido este testamento deberá estar escrito todo y firmado por el testador, con expresión del año, mes y día en que se otorgue.

Si contuviere palabras tachadas, enmendadas o entre renglones, la salvará el testador bajo su firma.

Los extranjeros podrán otorgar testamento ológrafo en su propio idioma (artículo 688 del C. C. E.). Para que éste sea

válido, dentro de cinco años, contados desde el día del fallecimiento, deberá protocolizarse el testamento ológrafo, presentándose con este objeto al Juez de primera instancia del último domicilio del testador (artículo 689 del C. C. E.).

La persona en cuyo poder se halle depositado dicho testamento deberá presentarlo al juzgado luego que tenga noticias de la muerte del testador, y, no verificándolo dentro de diez días siguientes, será responsable de los daños y perjuicios que se causen por la dilación.

También podrá presentarlo cualquiera que tenga interés en el testamento como heredero, legatario, albacea o en cualquier otro concepto (artículo 690 del C. C. E.).

Una vez que el fallecimiento del testador se acredite, y el testamento ológrafo se presente, el juez lo abrirá si estuviere en pliego cerrado, rubricará con el actuario todas las hojas y comprobará su identidad por medio de tres testigos que conozcan la letra y firma del testador, declarando que no tienen duda racional de hallarse el testamento escrito y firmado de mano propia del mismo.



A falta de testigos idóneos, o si dudan los examinados, y siempre que el juez lo estime conveniente, podrá emplearse con dicho objeto el cotejo pericial de letras (artículo 691 del C. C. E.).

Artículo 692 del C. C. E.- "Para la práctica de las diligencias expresadas en el artículo 691 serán citados, con la brevedad posible, el cónyuge sobreviviente, si lo hubiere, los descendientes y los ascendientes del testador y, en defecto de unos y otros, los hermanos.

Si estas personas no residen dentro del partido, o se ignorase su existencia, o siendo menores o incapacitados carecieren de representación legítima, se hará la citación al Ministerio Fiscal.

Los citados podrán presenciar la práctica de dichas diligencias y hacer en el acto, de palabra, las observaciones oportunas sobre la autenticidad del testamento."

Artículo 693 del C. C. E.- Si el juez estima justificada la identidad del testamento, acordará que se protocolice, con las diligencias practicadas, en los registros del Notario correspondiente, por el cual se darán a los interesados las

copias o testimonios que procedan. En otro caso, denegará la protocolización.

Cualquiera que sea la resolución del juez, se llevará a efecto, no obstante oposición, quedando a salvo el derecho de los interesados para ejercitarlo en el juicio que corresponda.

Esta forma de testar es adecuada para personas que se encuentran imposibilitadas por alguna circunstancia o bien que tienen plena confianza y respaldo de sus sucesores.

#### **3.2.4. TESTAMENTO MILITAR**

Artículo 716 del C. C. E.- "En tiempo de guerra, los militares en campaña voluntarios, rehenes, prisioneros y demás individuos empleados en el ejército, o que sigan a éste, podrán otorgar su testamento ante un oficial que tenga por lo menos la categoría de capitán.

Es aplicable esta disposición a los individuos de un ejército que se halle en país extranjero.

Si el testador estuviere enfermo o herido, podrá otorgarlo ante el capellán o el facultativo que le asista. Si estuviere en

destacamento, ante el que lo mande, aunque sea subalterno. En todos los casos de este artículo será siempre necesaria la presencia de dos testigos idóneos."

Las personas mencionadas en el artículo anterior, también podrán otorgar testamento cerrado ante un comisario de guerra, que ejercerá en este caso las funciones de Notario, observándose las disposiciones de los artículos 706 y siguientes (el cual menciona que debe ser escrito por el testador o por otra persona a su ruego, en papel común y rubricar todas las hojas, firma, etc.).

Los testamentos otorgados con arreglo a los dos artículos anteriores deberán ser remitidos con la posible brevedad al cuartel general, y por éste al Ministro de Guerra.

El Ministro, si hubiese fallecido el testador, remitirá el testamento al juez del último domicilio del difunto, y, no siéndole conocido, al Decano de los de Madrid, para que de oficio cite a los herederos y demás interesados en la sucesión. Estos deberán solicitar que se eleve a escritura pública y se protocolice en la forma prevenida en la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Cuando sea cerrado el testamento, el juez procederá de oficio a su apertura en la forma prevenida en dicha Ley, con citación e intervención del Ministerio Fiscal, y después de abierto lo pondrá en conocimiento de los herederos y demás interesados (artículo 718 del C. C. E.).

Los testamentos en tiempo de guerra, los militares en campaña, voluntarios, rehenes, prisioneros y demás individuos empleados en el ejército que otorguen su testamento, éste caducará cuatro meses después que el testador haya dejado de estar en campaña.

En todo peligro próximo de acción de guerra, durante una batalla, asalto y combate podrá otorgarse testamento militar de palabra ante dos testigos. Este testamento no tendrá validez si el testador se salva del peligro en cuya consideración testó.

Si no se salvara, será ineficaz el testamento si no se formaliza por los testigos ante el auditor de guerra o funcionarios de justicia que siga al ejército, procediéndose después en la forma prevenida en el artículo 718 (antes comentado).

Artículo 721 del C. C. E.- Si fuera cerrado el testamento militar, se observará lo prevenido en los artículos 706 y 707; pero se otorgará ante el oficial y los dos testigos que para el abierto exige el artículo 716, debiendo firmar todos ellos el acta de otorgamiento, como asimismo el testador, si pudiere.

Al igual que se manifestó en el testamento militar mexicano la forma es bastante flexible y por supuesto adecuada por la situación en que se encuentra el individuo en el momento de testar.

### 3.2.5. TESTAMENTO MARITIMO

Los testamentos, abiertos o cerrados, de los que durante un viaje marítimo vayan a bordo (artículo 722 del C. C. E.), se otorgarán en la forma siguiente:

Si el buque es de guerra, ante el Contador o el que ejerza sus funciones, en presencia de dos testigos idóneos, que vean y entiendan al testador. El comandante del buque o el que haga sus veces, pondrá además su visto bueno.

En los buques mercantes autorizará el testamento el capitán o el que haga sus veces, con asitencia de dos testigos idóneos.

En uno y otro caso los testigos se elegirán entre los pasajeros, si los hubiere; pero uno de ellos, por lo menos, ha de poder firmar, el cual lo hará por sí y por el testador, si éste no sabe o no puede hacerlo.

Si el testamento es abierto, se observará además lo prevenido en el artículo 695 y, si fuere cerrado lo que se ordena en la sección sexta de este capítulo, con exclusión de lo relativo al número de testigos e intervención del Notario.

En caso de que el contador o el capitán del mercante de guerra sean los que teste, serán autorizados por quienes deba sustituirlos en el cargo (artículo 723 del C. C. E.).

Serán custodiados por el comandante o por el capitán, los testamentos abiertos hechos en alta mar, y se hará mención de ellos en el Diario de Navegación, al igual que se hará la misma mención de los ológrafos y los cerrados (artículo 724 del C. C. E.).

Cuando el buque arribase a un puerto extranjero donde haya Agente Diplomático o Consular de España, deberán entregar a dicho agente ya sea el comandante o el capitán del mercante copia del testamento abierto o del acta de otorgamiento del cerrado, y de

la nota tomada en el Diario.

La copia del testamento o del acta deberá llevar las mismas firmas que el original, si viven y están a bordo los que lo firmaron; en otro caso será autorizada por el contador o el capitán que hubiese recibido el testamento o el que haga sus veces, firmando también los que estén a bordo de los que intervinieron en el testamento.

El Agente Diplomático o Consular hará extender por escrito diligencia de la entrega, cerrada y sellada la copia del testamento o la del acta del otorgamiento si fuere cerrado, la remitirá con la nota del Diario por el conducto correspondiente al Ministro de Marina, quien mandará que se deposite en el Archivo de su Ministerio.

El comandante o capitán que haga la entrega recogerá del Agente Diplomático o Consular certificación de haberlo verificado, y tomará nota de ella en el Diario de Navegación (artículo 725 del C. C. E.).

En caso de que el buque sea de guerra o mercante y arribe al primer puerto del reino, el comandante o capitán entregará el testamento original, cerrado y sellado, a la autoridad marítima

local, con copia de la nota tomada en el Diario; y si hubiese fallecido el testador, certificación que lo acredite; la autoridad marítima lo remitirá todo sin dilación al Ministro de Marina (artículo 726 del C. C. E.).

En caso de que el testador fallezca y haya sido abierto el testamento, el Ministro de Marina practicará lo que se dispone en el artículo 718 (artículo 727 del C. C. E.).

Artículo 718 del C. C. E.- El Ministro, si hubiese fallecido el testador, remitirá el testamento al juez del último domicilio del difunto y, no siéndole conocido, al Decano de los de Madrid, para que de oficio cite a los herederos y demás interesados en la sucesión. Estos deberán solicitar que se eleve a escritura pública y se protocolice en la forma prevenida en la ley de Enjuiciamiento Civil.

Cuando sea cerrado el testamento, el juez procederá de oficio a su apertura en la forma prevenida en dicha ley, con citación e intervención del Ministerio Fiscal, y después de abierto lo pondrá en conocimiento de los herederos y demás interesados.



Cuando un extranjero haya testado en buque español, el Ministro de Marina remitirá el testamento al de Estado (en la actualidad, Asuntos Exteriores), para que por la vía diplomática se le dé el curso que corresponda (artículo 728 del C. C. E.).

Si el testamento es ológrafo o cerrado, y fallece el testador durante el viaje, el comandante o capitán recogerá el testamento para custodiarlo, haciendo mención de ello en el Diario y lo entregará a la autoridad marítima local, en la forma y para los efectos prevenidos en el artículo anterior, cuando el buque arribe al primer puerto del reino. En caso del testamento cerrado será si lo conserva el testador al momento de su muerte (artículo 729 del C. C. E.).

Los testamentos, abierto y cerrado u otorgados con arreglo a lo prevenido en esta sección, caducarán pasados cuatro meses, contados desde que el testador desembarque en un punto donde pueda testar en la forma ordinaria (artículo 730 del C. C. E.).

En caso de naufragio, será válido otorgar testamento de palabra ante dos testigos, pero quedará ineficaz si el testador se salva del peligro en cuya consideración testó (artículo 731 del C. C. E.).

En nuestra opinión las reglas que se tiene para el testamento marítimo en la legislación española son bastante factibles ya que por las circunstancias en las cuales se testa se debe tener ciertas facilidades y con respecto a la caducidad pensamos que es un tiempo adecuado ya que después de que el testador libre su peligro lo adecuado es que lleve a cabo el testamento que a su interés convenga.

### 3.2.6. TESTAMENTO HECHO EN PAIS EXTRANJERO

La legislación española dice al respecto: "En el país que se hallen los españoles deberán sujetarse a las leyes del mismo; para poder testar fuera de su territorio.

También podrán testar en altamar durante su navegación en un buque extranjero, con sujeción a las leyes de la nación a que el buque pertenezca.

Podrán también hacer testamento ológrafo, con arreglo al artículo 688, aun en los países cuyas leyes no admitan dicho testamento."

Artículo 688 del C. C. E.- El testamento ológrafo sólo podrá otorgarse por personas mayores de edad.

Para que sea válido este testamento deberá estar escrito y firmado todo por el testador, con expresión del año, mes y día en que se otorgue. Si contuviese palabras tachadas, enmendadas o entre renglones, los salvará el testador bajo su firma.

Los extranjeros podrán otorgar testamento ológrafo en su propio idioma.

El testamento mancomunado no tiene validez en España y está prohibido por el artículo 699, que los españoles otorguen en país extranjero, aunque lo autoricen las leyes de la Nación donde se hubiesen otorgado.

Artículo 699 del C. C. E.- "No podrán testar dos o más personas mancomunadamente, o en un mismo instrumento, ya lo hagan en provecho recíproco, ya en beneficio de un tercero."

También podrán los españoles que se encuentren en país extranjero, otorgar su testamento, abierto o cerrado, ante el Agente Diplomático o Consular de España residente en el lugar del otorgamiento. En estos casos dicho agente hará las veces de Notario y se observarán respectivamente todas las formalidades establecidas en las secciones quinta y sexta de este capítulo, no siendo sin embargo, necesaria la condición del domicilio de los

testigos (artículo 734 del C. C. E.).

Para que se deposite en el Archivo del Ministerio de Estado, el Agente Diplomático o Consular remitirá, autorizada con su firma y sello, copia del testamento abierto, o del acta de otorgamiento cerrada.

Artículo 736 del C. C. E.- "El Agente Diplomático o Consular en cuyo poder hubiese depositado su testamento ológrafo o cerrado un español, lo remitirá al Ministerio de Estado cuando fallezca el testador, con el certificado de defunción."

El Ministerio de Estado hará publicar en la "Gaceta de Madrid" la noticia del fallecimiento, para que los interesados en la herencia puedan recoger el testamento y gestionar su protocolización en la forma prevenida.

El testamento hecho en país extranjero, a nuestro criterio únicamente debiera existir notificación directa a familiares o bien a los sucesores y no por medio de Gaceta.

### 3.3. VALIDEZ Y NULIDAD DE LOS TESTAMENTOS

Respecto de la nulidad en los testamentos de la legislación

española el Código Civil español nos dice: Que el testamento otorgado con violencia, dolo o fraude será nulo. Asimismo el que con dolo, fraude o violencia impidiere que una persona, de quien sea heredero *ab intestato*, otorgue libremente su última voluntad, quedará privado de su derecho a la herencia, sin perjuicio de la responsabilidad criminal en que haya incurrido.

El testador no puede prohibir que se impugne el testamento en los casos en que haya nulidad declarada por la ley. Y en toda disposición en favor de persona incierta será nula, a menos que por algún evento pueda resultar cierta.

Será nula la disposición testamentaria a favor de un incapaz, aunque se le disfrace bajo la forma de contrato oneroso o se haga a nombre de persona interpuesta, al igual que existe nulidad cuando la participación haya sido hecha con uno a quien se creyó heredero sin serlo.

Cuando existe dolo en forma grave produce la nulidad. El artículo 715 del C. C. E., nos dice al respecto: Es nulo el testamento cerrado en cuyo otorgamiento no se hayan observado las formalidades establecidas en esta sección; y el Notario que lo autorice será responsable de los daños y perjuicios que sobrevengan, si se probare que la falta procedió de su malicia o

de negligencia o ignorancia inexcusables, será válido, sin embargo; como testamento ológrafo, si todo él estuviere escrito y firmado por el testador y tuviere las demás condiciones propias de este testamento.

Cuando un testamento no sea otorgado con todas las formalidades respectivas será nulo.

Artículo 704 del C. C. E.- Los testamentos otorgados si autorización del Notario serán ineficaces si no se elevan a escritura pública y se protocolizan en la forma prevenida en la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Declarado nulo un testamento abierto por no haberse observado las solemnidades establecidas para cada caso, el Notario que lo haya autorizado será responsable de los daños y perjuicios que sobrevengan, si la falta procediere de malicia o de negligencia o ignorancia inexcusables (artículo 705 del C. C. E.).

En cuanto a la validez, Binder Julius nos dice: "El lenguaje común llama válido a un acto jurídico cuando está sancionado por

el ordenamiento jurídico." <sup>3</sup>

De lo anterior podemos entender que existe validez en el testamento cuando no estamos en contra de un ordenamiento jurídico. Mientras para la cuestión de la nulidad es esencial el momento del otorgamiento del testamento, la eficacia debe ser juzgada regularmente con relación al momento de la muerte del causante.

#### 3.4. INSTITUCION DEL HEREDERO

Respecto a la institución de heredero la legislación española nos dice que el que no tuviere herederos forzosos para disponer por testamento de todos sus bienes o de parte de ellos en favor de cualquier persona que tenga capacidad para adquirirlos. Y el que tuviere herederos forzosos sólo podrá disponer de sus bienes en la forma y con las limitaciones que se establecen en la sección quinta del Código Civil español que en su momento se plasmarán.

Con respecto a heredero forzoso el Código Civil español en su artículo 807, dice: "Son herederos forzosos:

<sup>3</sup> Binder Julius. Derecho de sucesiones. Ed. Labor. Barcelona, Madrid-México, 1953. Pág. 115.

1. Los hijos y descendientes respecto de sus padres y ascendientes.

2. A falta de los anteriores, los padres y ascendientes respecto de sus hijos y descendientes.

3. El viudo o viuda en la forma y medida que establece este Código.

La herencia forzosa es aquella que la ley prevé para los herederos forzosos y la constituyen en la legítima de los hijos y descendientes las dos terceras partes del haber hereditario del padre y de la madre, pero éstos podrán disponer de una parte de las dos que forman la legítima, para aplicarla como mejora a sus hijos o descendientes. Y la tercera parte restante es libre de disposición."

El artículo 814 del Código Civil español dice: "La preterición de un heredero forzoso no perjudica la legítima. Se reducirá la institución de heredero ante los legados, mejoras y demás disposiciones testamentarias.

Sin embargo, la pretención no intencional de hijos o descendientes producirá los siguientes efectos:



1. Si resultaren preferidos todos, se anularán las disposiciones testamentarias de contenido patrimonial.

2. En otro caso, se anulará la institución de herederos, pero valdrán las mandas y mejoras ordenadas por cualquier título, en cuanto unas y otras no sean inoficiosas. No obstante, la institución de heredero a favor del cónyuge sólo se anulará en cuanto perjudique a las legítimas.

Los descendientes de otro descendiente que no hubiere sido preferido, representan a éste en la herencia del ascendiente y no se consideran preferidos. Si los herederos forzosos preferidos mueren antes que el testador, el testamento surtirá todos sus efectos.

A salvo las legítimas tendrán preferencia en todo caso lo ordenado por el testador.

Cuando el testador haya dejado por cualquier título menos la legítima a su heredero forzoso, ésta podrá pedir el complemento de la misma.

Artículo 817 del C. C. E.- Las disposiciones testamentarias que mengüen la legítima de los herederos forzosos se reducirán, a

petición de éstos, en lo que fueren inoficiosas o excesivas. Aunque no contenga institución de heredero un testamento será válido, o ésta no comprenda la totalidad de los bienes, y aunque el nombrado no acepte la herencia o sea incapaz de heredar.

En estos casos se cumplirán las disposiciones testamentarias hechas con arreglo a las leyes, y el remanente de los bienes pasará a los herederos legítimos. Los herederos instituidos sin designación de partes heredarán por partes iguales.

El heredero voluntario que muera antes que el testador, el incapaz de heredar y el que renuncia a la herencia, no transmiten ningún derecho a sus herederos, salvo lo dispuesto en los artículos 761 y 857 (artículo 766 del C. C. E.).

Artículo 761 del C. C. E.- Si el excluido de la herencia por incapacidad fuera hijo o descendiente del testador y tuviere hijos o descendientes, adquirirán éstos su derecho a la legítima.

Artículo 857 del C. C. E.- Los hijos o descendientes del desheredado ocuparán su lugar y conservarán los derechos forzosos respecto a la legítima.

La expresión de una causa falsa de la institución de heredero o del nombramiento de legatario, será considerada como no escrita, a no ser que del testamento resulte que el testador no habría hecho tal institución o legado si hubiese conocido la falsedad de la causa. La expresión de una causa contraria a derecho, aunque sea verdadera, se tendrá también por no escrita (artículo 767 del C. C. E.).

Nos dice que el heredero instituido en una cosa cierta y determinada será considerado como legatario.

Cuando el testador nombre individualmente a unos herederos y otros colectivamente, los colectivamente nombrados se considerarán como si lo fueran individualmente, a no ser que conste de un modo claro que ha sido otra la voluntad del testador (artículo 769 del C. C. E.).

Cuando el testador llame a la sucesión a una persona y a sus hijos, se entenderán todos instituidos simultáneamente y no sucesivamente.

Artículo 772 del C. C. E.- El testador designará al heredero por su nombre y apellidos, y cuando haya dos que los tengan iguales deberá señalar alguna circunstancia por la que se conozca

al instituido.

Aunque el testador haya omitido el nombre del heredero si lo designare de modo que no pueda dudarse quién sea el instituido, valdrá la institución.

En el testamento del adoptante, la expresión genérica hijo o hijos comprende a los adoptivos.

Artículo 773 del C. C. E.- El error en el nombre, apellido o cualidades de heredero no vicia la institución cuando de otra manera puede saberse ciertamente cuál sea la persona nombrada.

Si entre personas del mismo nombre y apellido hay igualdad de circunstancias y éstas son tales que no permiten distinguir al instituido, ninguno será heredero.

### 3.5. LEGADOS

Con respecto a los legados en la legislación española el Código Civil de la misma nos dice en su artículo 660: "Llámesse heredero al que sucede a título universal, y legatario al que sucede a título particular."

Theodor Kipp comenta: "Es una atribución de un valor hereditario por causa de muerte y a título singular, que el causante ordena en testamento directamente a favor de una persona y a cargo del heredero o de otro legatario." <sup>4</sup>

El Código Civil español no nos da una definición concreta de legado, por lo que con las definiciones antes mencionadas nos introduciremos al tema.

Los legados, pueden ser ordenados por disposición a causa de muerte (testamento), o por contrato sucesorio.

La clasificación que nos da el Código Civil con respecto a los legados es la siguiente:

**Legado de Alimentos.-** El legado de alimentos existirá mientras viva el legatario, si el testador no dispone otra cosa.

Cuando no se haya fijado cantidad alguna para ello se fijará según la condición y el estado del legatario y tomando en cuenta el importe de la herencia. Todo deberá ir proporcionado a la cuantía de la herencia.

---

<sup>4</sup> Kipp, Theodor. Derecho de sucesiones. Ed. Bosch, Barcelona, 1974, pág. 531.

**Legado de Cantidad.-** El artículo 884 dice: "Si el legado ni fuere de cosa específica y determinada, sino genérico o de cantidad sus frutos e intereses desde la muerte del testador corresponderán al legatario cuando el testador lo hubiese dispuesto expresamente."

Los legados en dinero deberán ser pagados en esta especie, aunque no lo haya en la herencia. Los gastos en que se incurriera para hacer entrega de la cosa legada serán a cargo de la herencia pero sin perjuicio de la legítima.

**Legado de Cosa Ajena.-** El artículo 861 dice: "El legado de cosa ajena si el testador al legarla, sabía que lo era, es válido. El heredero estará obligado a adquirirla para entregarla al legatario; y, no siéndole posible, a dar a éste su justa estimación."

La prueba de que el testador sabía que la cosa era ajena corresponde al legatario.

**Legado de cosa empeñada, gravada o sujeta a usufructo.-** El artículo 867 nos dice: "Cuando el testador legare una cosa empeñada o hipotecada para la seguridad de alguna deuda exigible, el pago de ésta quedará a cargo del heredero."

Legado de cosa propia del legatario.- Si al momento de realizarse el testamento, la cosa legada ya fuera del legatario no producirá efecto el legado, aunque en ella tuviese algún derecho otra persona.

Si dispone el testador que la cosa sea liberada de este gravamen, valdrá en cuanto a esto.

Legado de crédito.- El artículo 870 nos dice: "El legado de un crédito contra tercero, o el de perdón o liberación de una deuda del legatario, sólo surtirá efecto en la parte del crédito o de la deuda subsistente al tiempo de morir el testador.

En el primer caso, el heredero cumplirá con ceder al legatario todas las acciones que pudieran competirle contra el deudor. En el segundo, con dar al legatario carta de pago, si la pidiere.

En ambos casos, el legado comprenderá los intereses que por el crédito o la deuda se debieren al morir el testador."

Artículo 871 del C. C. E.- "Caduca el legado de que se habla en el artículo anterior si el testador, después de haberlo hecho, demandare judicialmente al deudor para el pago de su deuda,

aunque éste no se haya realizado al tiempo del fallecimiento."

Por el legado hecho al deudor de la cosa empeñada sólo se entiende remitido el derecho de prenda.

Legado de Deuda.- El legado hecho a un acreedor no se imputará en pago de su crédito, a no ser que el testador lo declare expresamente. En este caso el acreedor tendrá derecho a cobrar el exceso del crédito o del legado (artículo 873 del C. C. E.).

Legado de Educación.- El legado de educación persiste hasta que el legatario cumple la mayoría de edad.

Los padres están obligados a tal y no se tiene que rendir cuentas de lo que hubiesen consumido en tales atenciones.

Legado de Especie.- Cuando estamos ante la presencia de legado de especie, el legatario adquiere su propiedad desde que el *de cujus* muere, y hace suyos los frutos o rentas pendientes, pero no lo devengado y no satisfecho antes de la muerte. En ese mismo instante correrá la cosa legada a riesgo del legatario, que sufrirá su pérdida o deterioro, como también gozará de su aumento o mejora.



El heredero deberá realizar la entrega de la cosa legada, y en caso de no ser posible dar su estimación.

Legado de Género.- "El legado de cosa mueble genérica será válido aunque no haya cosas de su género en la herencia. El legado de cosa inmueble no determinada sólo será válido si la hubiere de su género en la herencia.

La elección será del heredero, quien cumplirá con dar una cosa que no sea de la calidad inferior ni de la superior (artículo 875 del C. C. E.)."

Legado de Inmuebles que no existen.- ...El legado de cosa inmueble sólo será válido si la hubiere de su género en la herencia... (artículo 875 del C. C. E.).

Legado de parte alicuota.- "Sólo podrán pedir reducción de las donaciones aquellos que tengan derecho a legítima o a una parte alicuota de la herencia y sus herederos o causahabientes.

Los comprendidos en el párrafo anterior no podrán renunciar su derecho durante la vida del donante, ni por declaración expresa, ni prestando consentimiento a la donación.

Los donatarios, los legatarios que no lo sean de parte alícuota y los acreedores del difunto no podrán pedir la reducción ni aprovecharse de ella.

Legado de pensión periódica.- El artículo 880 nos dice: "Legada una pensión periódica o cierta cantidad anual, mensual o semanal el legatario podrá exigir la del primer periodo así que muera el testador y la de los siguientes en el principio de cada uno de ellos, sin que haya lugar a la devolución aunque el legatario muera antes que termine el periodo comenzado."

Legado de Perdón.- El legado de un crédito contra tercero, o el de perdón o liberación de una deuda del legatario, sólo surtirá efecto en la parte del crédito o de la deuda subsistente al tiempo de morir el testador (artículo 870 del C. C. E.).

Legado del Ausente.- Si después de la declaración del fallecimiento se presentase el ausente o se probase su existencia, recobrará sus bienes en el estado en que se encuentren y tendrá derecho al precio de los que se hubieran vendido, o a los bienes que con este precio se hayan adquirido, pero no podrá reclamar de sus sucesores rentas, frutos ni productos obtenidos con los bienes de su sucesión, sino desde el día de su presencia o de la declaración de no haber muerto.

También el Código Civil español nos dice que cuando las cosas están fuera del comercio el legado será nulo (artículo 865 del C. C. E.).

Con respecto a la extinción del legado, éste quedará sin efecto:

1. Si el testador transforma la cosa legada, de modo que no conserve ni la forma ni la denominación que tenía.

2. Si el testador enajena, por cualquier título o causa, la cosa legada o parte de ella, entendiéndose en este último caso que el legado queda sólo sin efecto respecto a la parte enajenada. Si después de la enajenación volviera la cosa al dominio del testador, aunque sea por la nulidad del contrato, no tendrá después de este hecho fuerza el legado, salvo el caso en que la readquisición se verifique por pacto de retroventa.

3. Si la cosa legada perece del todo viviendo el testador, o después de su muerte sin culpa del heredero. Sin embargo, el obligado a pagar el legado responderá por evicción, si la cosa legada no hubiere sido determinada en especie, según lo dispuesto en el artículo 869 (artículo 869 del C. C. E.).

Cuando un legatario no puede o no quiere admitir el legado, su parte pasará a la masa hereditaria, fuera de los casos de sustitución y derecho de crecer.

La entrega del legado no podrá realizarse sino hasta después de la formulación de inventario.

### 3.6. SUSTITUCIONES

Con respecto a la sustitución el Código Civil español en su artículo 774 marca:

"Puede el testador sustituir una o más personas al heredero o herederos instituídos para el caso en que muera antes que él, o no quieran, o no puedan aceptar la herencia.

La sustitución simple, y sin expresión de casos, comprende los tres expresados en el párrafo anterior, a menos que el testador haya dispuesto lo contrario (artículo 774 del C. C. E.)."

En el caso de que sean abuelos los que realicen el testamento podrán nombrar a sus descendientes menores de catorce años, de ambos sexos, para el caso de que mueran antes de dicha

edad, puede realizarse sustitución de dos o más personas a una sola; y al contrario, una sola a dos o más herederos.

Si los herederos instituidos en partes desiguales fueren sustituidos recíprocamente, tendrán en la sustitución las mismas partes que en la institución, a no ser que claramente aparezca haber sido otra la voluntad del testador (artículo 779 del C. C. E.).

En todos los casos el instituido quedará sujeto a las mismas cargas y condiciones impuestas al instituido, a menos que el testador haya dispuesto expresamente lo contrario, o que los gravámenes o condiciones sean meramente personales del instituido. Cuando estamos en la presencia de sustituciones fideicomisarias en cuya virtud se encarga al heredero que conserve y transmita a un tercero el todo o parte de la herencia, serán válidas y surtirán efecto siempre que no pasen del segundo grado, o que se hagan en favor de personas que viven al tiempo del fallecimiento del testador.

### 3.7. SISTEMA TESTAMENTARIO EN ESPAÑA

El sistema testamentario que se lleva a cabo en España es

obviamente por medio de testamento en el cual el *de cujus* plasma en forma verbal su última voluntad para después de su muerte.

Y esto se da por medio de cualquiera de las formas establecidas por la ley ya sea en testamento ordinario o especial.

ORDINARIO	ESPECIAL
Público abierto	Militar
Público cerrado	Marítimo
Ológrafo	Hecho en país extranjero.

El *de cujus* puede disponer de cierta parte de sus bienes ya que la ley estipula que no podrá disponer por testamento de la totalidad de sus bienes. El Código Civil español nos dice en su artículo 811 que: "El ascendiente que heredare de su descendiente bienes que éste hubiese adquirido por título lucrativo de otro ascendiente o de un hermano, se halla obligado a reservar los que hubiere adquirido por ministerio de la ley en favor de los parientes que estén dentro del tercer grado y pertenezcan a la línea de donde los bienes procedan."

Artículo 968 del C. C. E.- Además de la reserva impuesta en el artículo 811, el viudo o viuda que pase a segundo matrimonio estará obligado a reservar a los hijos y descendientes del

primero la propiedad de todos los bienes que haya adquirido de su difunto consorte por testamento, por sucesión intestada, donación u otro cualquier título lucrativo; pero no su mitad de gananciales.

La disposición del artículo anterior es aplicable a los bienes que, por los títulos en él expresados, haya adquirido el viudo o la viuda de cualquiera de los hijos de su primer matrimonio, y los que haya habido de los parientes del difunto por consideración a éste (artículo 969 del C. C. E.).

También nos manifiesta el Código Civil español que cuando los hijos de un matrimonio, mayores de edad, que tenga derecho a los bienes, renuncien expresamente a él, cesará la obligación de la reserva o cuando se trate de cosas dadas o dejadas por los hijos a sus padres, sabiendo que estaban casados por segunda vez o si al morir el padre o la madre que contrajo segundo matrimonio no existen hijos ni descendientes del primero cesará la reserva. El viudo o viuda, al repetir matrimonio, hará inventariar todos los bienes sujetos a reserva, anotar en el Registro de la Propiedad la cantidad de reservables de los inmuebles con arreglo a lo dispuesto en la Ley Hipotecaria y a tasar los muebles (artículo 977 del C. C. E.).

Estará además obligado el viudo o viuda, al repetir matrimonio, a asegurar con hipoteca.

1. La restitución de los bienes muebles no enajenados en el estado que tuvieran al tiempo de su muerte.

2. El abono de los deterioros ocasionados o que se ocasionaren por su culpa o negligencia.

3. La devolución del precio que hubiese recibido por los bienes muebles enajenados o la entrega del valor que tenía al tiempo de la enajenación, si ésta se hubiese hecho a título gratuito.

4. El valor de los bienes inmuebles válidamente enajenados (artículo 978 del C. C. E.).

Artículo 980 del C. C. E.- La obligación de reservar, impuesta en los anteriores artículos será también aplicable.

1º. Al viudo que durante el matrimonio haya tenido o en estado de viudez tenga un hijo no matrimonial.



2º Al viudo que adopte plenamente a otra persona. Se exceptúa el caso de que el adoptado sea hijo del consorte de quien descienden los que serían reservatorios.

Dicha obligación de reservar surtirá efecto respectivamente desde el nacimiento o la adopción del hijo.

Respecto a la capacidad, pueden testar cualquier persona a quien la ley no le prohíba expresamente la realización de dicho acto. Tienen incapacidad para testar:

a) Los menores de catorce años de uno y otro sexo.

b) El que habitual o accidentalmente no se hallare en su cabal juicio (el testamento hecho antes de la enajenación mental es válido).

La legislación española manifiesta que todo acto que sea realizado con dolo, violencia o mala fé ya sea al *de cuius* o con cualquiera de sus parientes será nulo.

Que por la naturaleza del acto debe ser personalísimo, revocable para disponer de sus bienes al post de su muerte, y no puede realizarse por medio de un tercero.

En cuanto a la forma que debe contener cada testamento ha sido mencionada anteriormente.

## "CAPITULO IV"

### ESTUDIO COMPARATIVO DE LA SUCESION TESTAMENTARIA EN EL CODIGO CIVIL MEXICANO Y EN EL ESPAÑOL

#### INTRODUCCION

Previo al inicio de este apartado es oportuno llamar la atención del lector a efecto de señalar que en el desarrollo de este capítulo seguiremos un orden numerado por cuanto a las semejanzas y diferencias que se presentan en la legislación mexicana y la española en lo relativo a: Los testamentos en general y los testamentos en particular.

Ahora bien, en el capítulo que nos ocupa nos corresponde entrar al estudio comparativo de las legislaciones civiles, sustantivas, tanto para México como para España en lo concerniente al Derecho Sucesorio.

1. Para dar introducción al tema que nos ocupa habremos de hacer referencia primeramente a que en ambas legislaciones se presentan tres formas de sucesión, a saber: la legítima, la mixta y la testamentaria; es esta última, a nuestro criterio, la de mayor importancia pues es la voluntad del *de cujus* la que se manifiesta íntegramente en sus determinaciones para sus herederos o legatarios una vez que fallece. En la legítima, por el contrario, la persona muere sin haber testado y, en consecuencia, se presenta cierta incertidumbre (por lo menos en tanto se lleva el juicio sucesorio) para determinar quiénes serán los beneficiarios de la herencia. En la mixta se presenta una combinación de las dos anteriores: así, por una parte se convierte en legítima por cuanto a lo que el testador no incluyó en lo relacionado a la totalidad de la masa hereditaria, y será testamentaria en todo aquello que haya sido plenamente señalado en el testamento.

Del criterio que antecede podemos apreciar que en ambos cuerpos normativos, mexicano y español, se integran de igual modo tres categorías de sucesión, dándole particular importancia a la sucesión testamentaria.

2. Ahora bien, y puesto que nuestro estudio se centra en la institución de la sucesión testamentaria, comenzaremos por confrontar el concepto de testamento.

Por cuanto hace a sus semejanzas apreciamos que éste se sitúa en ambas legislaciones, las que ponen de manifiesto que el testamento, sea cual fuere su naturaleza, es un acto personalísimo y revocable a través del cual una persona-testador dispone de sus bienes -masa hereditaria- para después que suceda su muerte.

Del párrafo que antecede podemos inferir un concepto común aplicable a ambas legislaciones: el testamento es un acto jurídico, el cual únicamente puede realizarse por una persona capaz, la que dispone de sus bienes por medio de un acto personalísimo, revocable, en el cual se señalan deberes y obligaciones para después de su muerte.

3. Por lo que respecta a la forma de los testamentos tenemos que el punto de vinculación se contrae a su división formal en: a) ordinario o común, y b) especial, pero con la diferencia de que en el país español no encontramos ubicado dentro de la

categoría de especiales al testamento privado. En este orden de ideas presentamos el siguiente cuadro comparativo:

TESTAMENTO :	CLASIFICACION
ORDINARIO	ESPECIAL
1. Público abierto	1. Marítimo
2. Público cerrado	2. Militar
3. Ológrafo	3. Hecho en país extranjero
	4. Privado (sólo en México)
CODIGO CIVIL MEXICANO Y ESPAÑOL	CODIGO CIVIL MEXICANO Y ESPAÑOL

4. En el testamento público abierto en ambas legislaciones se presenta la concordancia de que este acto se verifica ante la presencia de un Notario y con la comparecencia de tres testigos con capacidad de ejercicio.

La diferencia estriba sobre este particular, que en México cuando menos dos de los testigos deberán saber firmar, en tanto que en España con que uno de los testigos sepa escribir es suficiente. Lo anterior nos permite concluir que el Código español es menos riguroso por cuanto a la capacidad de los testigos, sobre todo tratándose del nivel cultural de éstos.

Otro punto de semejanza sobre este particular es el hecho de que si el testador no supiera escribir deberá intervenir en el

acto otro testigo, el que podrá firmar a petición de aquél o en su caso cualquiera de los tres testigos lo hará, debiéndose asentar esa situación en el instrumento público correspondiente.

Del mismo modo cuando el testador esté incapacitado para oír deberá leer su voluntad, ya explicitada en el documento correspondiente, pero si no lo supiera lo hará por él un testigo. Esta situación también será aplicable cuando el testador sea invidente en cuyo caso podrá ser leído por el Notario y por cualquier otra persona que podrá intervenir en esta diligencia (la lectura se practicará dos veces).

Un punto de divergencia corresponde a que el Código Civil español no hace referencia sobre el conocimiento del idioma del país en el que se testa, situación que sí se preve en el caso de México y misma que ha sido materia de explicación en el apartado correspondiente.

En el caso de España se hace uso de una categoría de testamento que se asimila al público abierto, y se presenta cuando el autor de la sucesión se encuentra en peligro inminente de muerte o bien en una catástrofe natural como el caso de una

epidemia. En este supuesto las formalidades prescritas para el testamento de referencia deberán cubrirse en un solo acto, sin necesidad de que se encuentre presente un Notario. Criterio que difiere con la legislación mexicana, pues esta hipótesis podría ubicarse en una categoría de testamento privado.

5. Por lo que hace al testamento público cerrado la legislación española y mexicana se asemejan por cuanto a su forma ya que se realiza en un documento que no requiere peculiaridad alguna, puede ser formulado por el testador o por cualquier persona a solicitud del primero.

En México, además, debe expresarse día, mes y año en que se elabora: en España este dato es salvable. Para ambos cuerpos normativos todas las hojas deben ir rubricadas y la firma del testador al final del documento en caso de no saber firmar o no poder hacerlo podrá designar a otra persona para que lo haga a su ruego.

Otro punto de coincidencia corresponde a la forma de entrega que debe practicarse, es decir, el hecho de cerrar el testamento en un sobre y delante del Notario, con similares requisitos



también por cuanto hace a las firmas que deberán presentarse en la carátula y al reverso del engomado del sobre.

Se distingue en cuanto a nuestro país en relación al número de testigos pues se requiere de tres para dicho acto, en tanto que en España el número se aumenta a cinco testigos idóneos de los cuales cuando menos tres de ellos deberán firmar dicho acto.

Otra formalidad en la que coinciden las legislaciones en estudio corresponde a que al manifestar el autor de la herencia que su voluntad implícita en el testamento se encuentra en poder del Notario, en el sobre que la contiene, éste extenderá el acta de su otorgamiento.

Se presenta una diferencia más que corresponde al caso de México, lugar donde el testamento correspondiente deberá ser depositado en el Archivo General de Notarías, situación ésta que no se presenta en el país ibero donde tan sólo quedará a disposición del Notario.

6. En el testamento ológrafo encontramos como puntos de semejanza el de ser realizado de puño y letra por el testador.

Difiere en la forma de entrega pues en nuestro país deberá constar un ejemplar en el Archivo General de Notarías; en el caso de España será entregado al Juez de primera instancia de la jurisdicción del último domicilio del testador.

7. Con relación al testamento marítimo, se vinculan las legislaciones en estudio, pues ambas señalan que deben practicarse en altamar, con dos testigos idóneos y en presencia del comandante de la nave o en su caso la autoridad oficial de abordaje que en ese momento lo sustituya. Y en el caso de que quien formulara el testamento fuera el comandante del navío como autoridad que deba conocer de éste será nulo el que le siga en orden jerárquico.

La legislación española se distingue de la mexicana al dividir el testamento marítimo en dos categorías: ológrafo abierto y ológrafo cerrado, en los cuales deberán observarse las mismas características que se requieren para la elaboración general de estos testamentos, excepción hecha de la autoridad, es decir, se prescinde del funcionario del Archivo de Notarías, y en su lugar quedará, como mencionamos en el párrafo anterior, el Capitán de buque.

Otra concordancia entre ambas legislaciones se presenta cuando el buque arriba a un lugar donde se encuentre una embajada o legislación diplomática acreditada en ese país donde el Capitán depositará en dicho lugar, es decir, en manos del Agente Diplomático que represente a sus nacionales en ese país, uno de los ejemplares del testamento, fechado y sellado, con copia del inserto que aparezca en la bitácora del Capitán cuando se arribe al territorio nacional.

Se distingue este tipo de testamento del mexicano en que se dan cuatro meses contados a partir del momento en que el testador desembarque, y lógicamente no haya muerto, para que caduque su voluntad testamentaria y opte por realizarlo en forma ordinaria.

En España se señala en su legislación que en caso de naufragio será válido el testar de palabra ante la presencia de dos testigos, pero sólo en el caso de que esté próximo a morir; en el caso de México este supuesto no se presenta siendo así otro punto de diferencia.

8. El testamento militar tiene puntos de similitud con las legislaciones en estudio, en que en ambos casos se puede otorgar por militares o prisioneros de guerra.

Se distinguen en cuanto a que en México puede ser realizado ante dos testigos o entregar un pliego cerrado que contenga su voluntad, y presentarlo ante el jefe de la corporación castrense de que se trate, quien lo remitirá a su vez al Ministro de guerra o su similar (en México Secretario de la Defensa Nacional), y éste a su vez a la autoridad judicial que compete. En España se precisa que la entrega deba hacerse ante un oficial que tenga cuando menos el rango de Capitán: asimismo y en caso de enfermedad, la legislación española autoriza al capellán o persona que asista al testador para que lo reciba, pero siempre con la participación de dos testigos.

Otra diferencia es el hecho de que en España únicamente en tiempo de guerra podrá realizarse el testamento ante dos testigos, pero carecerá de validez si el testador se salva.

9. Testamento realizado en país extranjero: las legislaciones en estudio coinciden en indicar que el testamento deberá efectuarse de conformidad con los requerimientos exigidos en las leyes del país en que se otorgó. Además puede realizarse ante la presencia de los Cónsules o los Vicecónsules, los que en este caso hacen las veces de un Notario. También coinciden en su

forma de tramitación. Por cuanto hace al testamento ológrafo podrá ser elaborado en el idioma del testador.

Se distinguen ambas legislaciones por cuanto al término de su remisión a la autoridad receptora del testamento. En el caso de México será ante la Secretaría de Relaciones Exteriores, el que a su vez lo enviará en los primeros días al encargado del Archivo General de Notarías. En España se remitirá al Ministerio de Estado el que a su vez (sin precisar el término) lo remitirá ante el órgano jurisdiccional del último domicilio del testador.

10. Sobre este particular y como comentamos en el principio de este capítulo en México sólo se presenta el testamento privado bajo esa denominación. En tanto en España lo encontramos con una excepción al testamento público abierto.

11. Sobre la validez y nulidad de los testamentos, tenemos por principio de orden, desglosar cada uno de los conceptos por separado indicando de antemano que en ellos se presentan sólo semejanzas, mismas que a continuación determinamos:

Sobre la nulidad ambas coinciden en cuanto al hecho de otorgar un testamento a través del uso de la violencia, del dolo

o de la mala fé ya sea en contra de la persona del testador o de la familia o allegados de éste, será considerado nulo.

Del mismo modo se considerará nulo el testamento cuando contravenga las disposiciones de forma fijadas en la ley. Así también será nulo para ambas legislaciones la cláusula que contenga la manifestación del testador de no poder impugnar o revocar su propio testamento.

Sobre el mismo tópico se asemejan también en el manejo de dos categorías de nulidad.

Por lo que hace a la validez exigen los mismos lineamientos contenidos en la ley para que una vez cubiertos el testamento sea válido.

Como es de advertirse, los conceptos de nulidad y validez son afines en la teoría y legislación civil mexicana y española, por cuanto hace a un común denominador que es el hecho de haber retomado esas instituciones de los conceptos básicos del Derecho Francés a raíz del Código Napoleónico.

12. Sobre la institución de heredero apreciamos que independientemente de que se señale o no, el testamento tendrá pleno valor. Cuando sea, instituyendo en objeto o cosa cierta y determinada será considerado como legatario.

La calidad de heredero puede estar sujeta a condición suspensiva. Entendida ésta como el acontecimiento futuro de realización incierta, sin el cual no podrá cumplirse lo preceptuado en el testamento, por así exigirlo el testador.

También son acordes ambos cuerpos normativos al señalar en sus disposiciones que cuando el testador no designe una parte proporcional o una cantidad líquida fija al heredero o herederos se entenderán instituidos a partes iguales. Por cuanto a la designación e institución de heredero, algunos en forma individual y otros en forma colectiva, se entenderán por señalados en forma personal a menos que el testador haya dispuesto alguna otra voluntad.

La legislación civil española y la mexicana coinciden en señalar que cualquier determinación hecha por el autor de la herencia sobre persona incierta o determinada será nula. De igual manera cuando existen en la designación de heredero dos personas

con las mismas características y no se señala con precisión quién de ellas va a heredar no ha lugar a que herede ninguna.

13. Sobre los legados. Los puntos de concordancia en las legislaciones en estudio son que el legado es una institución propia del Derecho Testamentario pues sólo a partir de ella se pueden instituir legatarios, situación en la institución de la sucesión intestamentaria que no podrá existir.

En el caso del legatario, éste tiene la facultad de exigir al albacea el cumplimiento de las obligaciones y prestaciones que deja fijadas en su favor el autor de la herencia.

En carácter de titular del legado se obtiene a partir del momento en que fallece el testador siempre y cuando se trate de un bien específico y determinado.

En cuanto a sus especies, las legislaciones civiles mexicana y española manejan similares categorías de legados. Por cuanto hace a sus diferencias en el caso del país español la entrega del legado sólo podrá tener verificativo una vez que se haya practicado la formación del inventario correspondiente.



En el caso de México la entrega de la cosa dada en legado tendrá verificativo hasta que se haya realizado la liquidación de la herencia.

El Código Civil determina que la cosa legada deberá ser entregada con sus mejoras y acciones, tanto las naturales como las que haya incorporado el testador.

14. Con respecto a las sustituciones nos encontramos que en ambas legislaciones el testador puede realizar la sustitución de una o más personas al heredero o herederos instituidos para el caso en que muera antes que él o no quieran o no puedan aceptar dicha herencia.

También comparten opinión en cuanto a que las cargas y condiciones impuestas al instituido serán igual para el que sustituye a menos que el testador haya dispuesto expresamente lo contrario. Otro punto de concordancia se presenta cuando los herederos designados a partes iguales fueren sustituidos recíprocamente; en el caso de a sustitución tendrán las mismas partes que en la institución de herederos, siempre y cuando el testador no hubiera modificado su voluntad en este sentido.

La diferencia fundamental en el tema que ahora nos ocupa corresponde a México. En su legislación quedan prohibidas y se consideran con el carácter de fideicomisarias las disposiciones que contenidas en el testamento señalen prohibiciones para enajenar o bien llamen a tercero a lo que después de repartida la herencia quede a la muerte del heredero, o también el encargo de prestar a más de una persona continuamente cierta renta o pensión.

15. Para finalizar con el capítulo en estudio, comentaremos sobre la sucesión testamentaria:

En lo general los cuerpos legislativos estudiados utilizan al testamento como un medio a través del cual quede explícita la voluntad del testador para ser cumplida después de su muerte.

Las formas en que se presenta el testamento sólo cambia por cuanto a su connotación: en México se denominan ordinarias y especiales; en España, comunes y especiales.

Los puntos de diferencia en general son: que en México se presenta con el nombre de privado cierto testamento y aunque en

España existe una institución similar a la nuestra, ésta ha sido ubicada dentro del testamento público abierto.

En nuestro país aparecen sólo como restricciones la obligación del testador de dar alimentos a la cónyuge, a la concubina, a los ascendientes o a los hijos (fundamentalmente a éstos cuando son menores de edad o incapaces) siempre que se encuentren en las hipótesis previstas en la legislación civil aplicable.

En el caso de España las restricciones son mayores pues las limitantes se presentan en cuanto mayores cuantías con respecto a las reservas. En cuanto a las reservas que señala el español en la sucesión legítima, la que es reservada a los padres se dividirá entre las dos partes iguales; si ya murió alguno de los dos, todo pasará al que viva. Y si el testador no dejó padre ni madre, pero sí ascendientes, en igual grado, de las líneas paterna y materna, se dividirá la herencia por mitad entre ambas líneas. Si son los ascendientes de grado diferente, corresponde todo a los más próximos de una u otra línea.

Además de lo anterior el viudo(a) que vuelva a contraer nupcias está obligado a reservar a los hijos y descendientes del

primero la propiedad de todos los bienes que haya adquirido de su difunto o consorte por testamento, por sucesión intestada, donación u otro cualquier título lucrativo; pero no su mitad de gananciales.

Cuando los hijos renuncian expresamente, cesa la obligación de reservar o cuando sea algún bien dado por los hijos a su padre o madre sabiendo de su segundo matrimonio.

En nuestra opinión en el Derecho Español no existe libre testamentificación, aunque la legislación establece el principio de la libre testamentificación en materia sucesoria, porque existe en mayor número de restricciones y reservas que los señalados en nuestra legislación.

## CONCLUSIONES

**PRIMERA.** En el Derecho Romano encontramos el antecedente del Derecho Hereditario, ya que se considera la palabra sucesión como sinónimo de herencia, en virtud de emplearse aquélla para referirse a la situación en que quedaba el conjunto de bienes para después de su muerte.

**SEGUNDA.** La herencia es la Institución jurídica por medio de la cual se lleva a cabo la transmisión de los bienes, derechos y obligaciones que opera únicamente con la muerte del autor de la misma.

**TERCERA.** Sucesión significa toda transmisión de derechos y obligaciones de un patrimonio a otro. Es toda sustitución de una persona en los derechos y obligaciones de otra originaria. Es la consecuencia lógica y natural de toda enajenación en general.

**CUARTA.** La diferencia entre herencia y sucesión radica en que la sucesión no depende para su existencia jurídica de la herencia mientras que la herencia requiere para existir de una

sucesión, por tanto toda herencia es una sucesión, pero no toda sucesión es una herencia. La sucesión es el género y la herencia es la especie.

QUINTA. Los derechos personalísimos que se extinguen por la muerte no son transmisibles por herencia como lo son, entre otros, la patria potestad, tutela, estado civil, uso, habitación, etcétera.

SEXTA. El testamento es un acto personalísimo, revocable y libre, por el cual una persona capaz dispone de sus bienes y derechos, y declara o cumple deberes para después de su muerte.

SEPTIMA. La institución del heredero ha sufrido varios cambios desde Roma en que la forma de designar a una persona influía en el fondo de la institución. En la actualidad la forma de heredar nos da la distinción entre herederos y legatarios. En el Derecho Romano la institución del heredero era especial para la substancia del testamento. En la legislación actual puede existir y ser totalmente válido un testamento sin institución de heredero, la esencia no le da el nombre sino la forma en la que se hereda; lo único que se exige es que sea identificable la persona designada.

Tanto en el Derecho Romano como en el nuestro ha quedado claro que el único título universal es el de heredero, y el único particular el de legatario.

## OCTAVA.

## CLASES DE TESTAMENTOS EN MEXICO

## ORDINARIO

TESTAMENTO PUBLICO ABIERTO  
 TESTAMENTO PUBLICO CERRADO  
 TESTAMENTO OLOGRAFO

## ESPECIAL

TESTAMENTO PRIVADO  
 TESTAMENTO MILITAR  
 TESTAMENTO MARITIMO  
 TESTAMENTO HECHO EN PAIS EXTRANJERO.

## CLASES DE TESTAMENTOS EN ESPAÑA

## COMUN

TESTAMENTO PUBLICO ABIERTO  
 TESTAMENTO PUBLICO CERRADO  
 TESTAMENTO OLOGRAFO

## ESPECIAL

TESTAMENTO MILITAR  
 TESTAMENTO MARITIMO  
 TESTAMENTO HECHO EN PAIS EXTRANJERO

La diferencia versa en el especial, que en España no contempla al testamento privado como un tipo individual de testamento, ya que el ordinario y común contienen los mismos.

.NOVENA. La libre testamentificación se da por apoyo en la ley y con la única voluntad que debe intervenir siendo ésta la del testador.

**DECIMA.** Que en México la única limitante es en cuanto a los alimentos de los hijos o de la cónyuge supérstite.

**DECIMOPRIMERA.** En España las limitantes son mayores que en México, ya que sus reservas contemplan gran proporción de la masa hereditaria.

**DECIMOSEGUNDA.** La diferencia del español y el mexicano en cuanto a la sucesión testamentaria, principalmente es que en México sí existe una auténtica libre testamentificación y en España aunque lo indiquen con ese nombre no existe.



**LEGISLACION CONSULTADA**

1. CONSTITUCION POLITICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. Ed. UNAM, 1ª ed., México, 1985.
2. CODIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL. Ed. Porrúa, 54ª ed. del 1º de Octubre de 1932, México, 1986.
3. CODIGO CIVIL ESPAÑOL. Ed. Civitas, 10ª ed., del 24 de julio de 1889, Madrid, 1987.

## B I B L I O G R A F I A

1. AGUILAR Carbajal, Leopoldo. Segundo Curso de Derecho Civil. Ed. Porrúa, 3ª ed., México 1975, 273 pp.
2. ALTAMIRA, Rafael. Historia del Derecho Español. Librería General de Victoriano Suárez. Madrid, 1903.
3. JIMENEZ, Antolin. México Leyes Decretos. Edit. El Modelo. México 1926.
4. ARAUJO VALDIVIA, Luis. Derecho de las cosas y derecho de las sucesiones. Edit. Cajica. México, 1965.
5. CASTAÑAN TOBEÑAS, José. La ordenación sistemática del Derecho Civil. Edit. Reus, Madrid, 1978.
6. CASTRO y BRAVO, Federico. Derecho Civil de España. Ed. Jus, 3ª ed., Madrid, 1958.
7. DE COSIO, Alfonso y Corral. Instituciones de Derecho Civil Español. Ed. Jus, vol. III, Madrid, 1959.
8. URIBE, F. Luis. Sucesiones en el Derecho Mexicano. Edit. Jus, México, 1962.
9. MESSINE FRANCESCO, Manuel. Derecho Civil y Comercial. Ed. Buenos Aires, Tomo VIII, 1979.
10. GARCIA AREVALO, José. La libertad de testar. Ed. Porrúa, México, 1959.
11. MATEOS ALARCON, Manuel. Manual de sucesiones y testamentos según Código Civil vigente. Ed. Herrero Hermanos, México, 1905.
12. MARTINEZ ALCIBILLA, Marcelo. Leyes y decretos de España. Ed. Santa María, Madrid, 1885.
13. PUIG PEÑA, Federico. Compendio de Derecho Civil Español. Ed. Pirámide. Madrid, 1976.
14. ROJINA VILLEGAS, Rafael. Derecho Civil Mexicano. Ed. Porrúa, 6ª ed., Tomo IV, México, 1985.
15. SANCHEZ ROMAN, Felipe. Estudios de Derecho Civil y el Código Civil e Historia General de la Legislación Española. Madrid, 2ª ed., 1910.